Das Sammeldepot im Effektengiro

eine Untersuchung insbesondere der pfandrechtlichen, aktienrechtlichen, konkursrechtlichen und strafrechtlichen Rechtsgrundlagen.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Eugen Sitzmann
aus Forchheim
Referendar am Bezirksamt Fürstenfeldbruck

Approbiert am 12. Februar 1929.

Forchheim.
Buchdruckerei von F. A. Streit.
1929.

20.198

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533903_0145

Das Sammeldepot im Effektengiro

eine Untersuchung insbesondere der pfandrechtlichen, aktienrechtlichen, konkursrechtlichen und strafrechtlichen Rechtsgrundlagen.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Eugen Sitzmann
aus Forchheim
Referendar am Bezirksamt Fürstenfeldbruck

Approbiert am 12. Februar 1929.

Forchheim.
Buchdruckerei von F. A. Streit.
1929.

Referent: Geh. Justizrat Univ.-Professor Dr. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern gewidmet!

Literatur-Verzeichnis.

Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Leipzig-Erlangen 1922.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., Berlin 1903.

Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechtes, 2. Aufl., Leipzig 1902.

Breit, Kommentar zum Bank-Depot-Gesetz, Berlin 1911.

Brodmann, Aktienrecht, Kommentar (Gewerbe- und Industrie-Kommentar, Berlin-Leipzig 1928.

Crome, System des Bürgerlichen Rechts, Tübingen und Leipzig 1900.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht, 3. Aufl., Halle 1904.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. Mannheim-Berlin-Leipzig 1913.

Ebermeyer, Das Reichsstrafgesetzbuch, Berlin und Leipzig 1922.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. und 9. Aufl., Berlin 1905.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 4. u. 5. Aufl,, Marburg 1910.

Frank, Das Reichsstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Tübingen 1925,

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 3. Aufl., Berlin 1911.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Berlin 1913.

Lindemann-Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuh, Berlin 1926.

Meyer-Bleyer, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, München-Berlin-Leipzig 1921.

Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Aufl., Berlin 1908.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Auflage, Berlin 1927.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Berlin 1913.

Reichsgerichtsräte, Kommentar zum BGB., 6. Aufl., Berlin und Leipzig 1928.

Staub-Koenige, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. und 13. Aufl., Berlin und Leipzig 1926.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1926.

Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Tübingen 1926.

Stenglein's Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reiches, Bd. I., Berlin 1911.

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung, I. und II. Teil, Berlin 1925.

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung und 2 Anlagen, Berlin 1927.

Gruchot, Beiträge zur Erklärung des Deutschen Rechts.

Ihering's Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bde. 36, 48, 50, 70.

Rümelin, im Archiv für Zivil-Praxis, Bd. 93, S. 259 ff.

Warneyer's Jahrbuch der Entscheidungen, Berlin 1912, 1925 bis 28.

Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts, Leipzig 1925 bis 1928.

Adler, Karl, Das österreichische Lagerhausrecht, Berlin 1892.

Adler, Paul, Die Bankdepotgeschäfte nach ihrer zivilrechtlichen Seite, Berliner Diss., Berlin 1905.

Arnold, Rechtsfragen beim Effekten-Giroverkehr unter besonderer Berücksichtigung der Stellung des Kunden, Berlin 1926.

Ascher, Die Rechtsgrundlage des stückelosen Effektenverkehrs, Berlin 1927.

Gieseke, Das Aktienstimmrecht der Banken, Berlin 1926.

Horwitz, Das Recht der Generalversammlung der Aktiengesellschaften usw., Berlin 1913.

Kiesow, Der stückelose Wertpapierverkehr, Abhandlung aus dem staatswissenschaftlichen Seminar an der Universität Erlangen, Leipzig 1928.

Kiwe, Das Effektenbankdepot, Wien 1926.

Lemaitre, Der Effektenlieferungsverkehr u. das Effekten-Giro-Depot, Stuttgart 1926

Meineke, Bankdepotgeschäfte, insbesondere Summen- und Sammeldepot, sowie ihr Verhältnis zum § 2 des Depotgesetzes, Erlanger Diss., Borna-Leipzig 1914.

Metze, Der erweiterte Effektengiroverkehr, in der Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, begr. v. L. Goldschmidt, Stuttgart, 91. Bd. 1928.

Metze, Das Giroeffektendepot der Bank des Berliner Kassenvereins. Ein Beitrag zur Lehre vom Sammeldepot und Effektengiroverkehr; ebenda, Band 90, 1927.

Nithack, Der Zentralbankier und Lokalbankier nach dem § 8 des Depotgesetzes unter besonderer Berücksichtigung der Reichsgerichtsentscheidung vom 11. Juni 1909, Berlin 1910.

Recke, Lieferschein und Effektenscheck, Mannheim 1927.

Riesser, Das Bankdepotgesetz, Berlin 1928.

v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Wien 1890—1907.

Schumann, Bankverwahrung und Konkurs nach der neuesten Gestaltung des Depotgesetzes, Leipzig 1926.

Servais, Das Sammellagergeschäft, Bonner Diss. 1913.

Vogel, Der Bankier als Verwahrer von Wertpapieren nach geltendem Recht. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1904.

Wittekind, Depotarten unter besonderer Berücksichtigung des Giro-Effekten-Depots der Bank des Berliner Kassenvereins. Würzburger Diss., Giessen 1909.

Wolff, Pflichten und Befugnisse des Bankiers als Depositars, insbesondere in Bezug auf Wertpapiere nach geltendem Recht. Erlanger Diss. 1908.

Beseler, Die technische Ausführung des stückelosen Effektenverkehrs und des interurbanen Giroeffektenverkehrs, Bank-Archiv XXV. Jg. Nr. 2.

Boehme, Sammeldepot, Bank-Archiv XXV. Jg. Nr. 9.

Bondi, Sammeldepots und Effektengiroverkehr, DJZ., 1926, Nr. 14.

Breit, Der Ausbau des Effektengiroverkehrs und die Aufgabe der Rechtswissenschaft, Bank-Archiv XXV. Jg., Seite 421.

Corwegh, Zum Ausbau des Effektengiroverkehrs, in Zahlungsverkehr vom 20. Juni 1926 und Berliner Börsenzeitung 1926 Nr. 288.

Eichholz, Sammeldepot und Effektenlieferungsverkehr, J.W., Jg. 55, Nr. 12.

ders., Effektengiroverkehr und Rechtsprechung, Bank-Archiv, XXVI. Jg., Nr. 3.

v. Gierke, Julius, „Giroverkehr", in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Elster, Berlin und Leipzig 1928.

Hartmann, Das Stimmrecht der Depotaktie, Bank-Archiv XXV. Jg., Nr. 24.

Herzfeld, Sammeldepot und Privatbankier, Bank-Archiv XXV. Jg., Nr. 8.

Jacobsohn, Bank-Archiv Jg. 2, S. 186.

Joachimsohn, Effektengiroverkehr, in Zahlungsverkehr, Jg. 8, Nr. 7.

Opitz, Das Sammeldepot und die Aktionärsrechte, Bank-Archiv XXV. Jg., Nr. 6.

ders., Zur Effektensammeldepotfrage, JW. 1926, Jg. 55, S. 2063.

ders., Der Effektengiroverkehr, Bank-Archiv, XXV. Jg., Nr. 21.

ders., Die Verpfändung von Girosammeldepotanteilen, Bank-Archiv XXVII. Jg., Nr. 11.

Opitz-Schultz, Effektengiroverkehr und Sammeldepots, JW. 1926, Jg. 55, Nr. 5.

Ruth, Effektenverwahrung im Sammeldepot, Zentralblatt für Handelsrecht, Jg. 1, Nr. 4.

Schultz und Opitz, Sammeldepots beim Kassenverein, Gutachten, Bank-Archiv XXIV. Jg., Sonderabdruck zu Nr. 16 vom 15. Mai 1925.

Sehling, Die rechtliche Zulässigkeit des stückelosen Effektenverkehrs, in Welt des Kaufmanns, Hamburg, VII. Jg., Nr. 6.

Simonson, Zur Verpfändung von Girosammeldepotanteilen, in Mitteilungen der Vereinigung von Oberbeamten im Bankgewerbe, Berlin, X. Jg., Nr. 1.

Strohal, „Empfiehlt sich eine besondere gesetzgeberische Regelung der sog. Bankdepotgeschäfte und eine Sonderung ihrer verschiedenen Arten?" Vortrag, gehalten auf dem 22. Deutschen Juristentage in Augsburg im Jahre 1892. In Holdheims Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen, 2. Jg. 1893, Nr. 21 und 22.

Wehl, Die rechtlichen Grundlagen des Effektenverkehrs, Bank-Archiv 1926, Nr. 4.

Weißgerber, Giroeffektenverkehr, in Zahlungsverkehr, Jg. 7, Nr. 9.

Einleitung.

Die Entwicklung des deutschen Wirtschaftslebens, das in der Kriegs- und nachfolgenden Inflationszeit aus dem Wettlauf in der internationalen Konkurrenz ausgeschieden ist, drängt nach Erreichung neuer Grundlagen für den Wiederaufbau. Mit steigender Energie werden die völlig neuen Prinzipien und Methoden, die in der höchstmöglichen Ersparung an Kraft- und Stoffverbrauch die Grundlage der Konkurrenzfähigkeit verbürgen, in die Tat umgesetzt. Insbesondere haben sich Handel und Industrie durch die wirtschaftliche und technische Rationalisierung in ihren Unternehmungen die Vorbedingungen für eine gedeihliche Weiterentwicklung geschaffen. Auch das Bankgewerbe hatte sich die verschiedensten Neuerungen zu Nutzen gemacht, das Effektengeschäft konnte es aber nicht gewinnbringend gestalten, solange nicht die durch die Inflation und die Goldmarkumstellung der Bilanzen der Aktiengesellschaften bedingte Unkostenmehrung bei der Lieferung und Verwahrung der Effekten beseitigt waren. Durch die Abstempelung wurden die ehemaligen 1000 Mk. Aktien in den meisten Fällen in Kleinaktien von 20 bis 100 RMk. Nennwert abgewertet; die in der Inflationskrise geschaffenen ungeheuren Bestände an Effektenstücken wurden somit nicht verringert. Verwahrung und Verwaltung, Versendung und Versicherung verursachten Kosten, die nicht annähernd durch die Erträgnisse aus dem darniederliegenden Effektengeschäft gedeckt werden konnten; umgekehrt konnte der Wertpapierumsatz an der Börse infolge der hohen Unkosten nicht gesteigert werden. Da ging die Bankwelt dazu über, nach dem Vorbild der Bank des Berliner Kassenvereins, die Lieferung von Wertpapieren nicht mehr effektiv, sondern stückelos zu gestalten. Die Bank des Berliner Kassenvereins betrieb schon seit dem Jahre 1882 den Giroverkehr in Effekten, der bezüglich der unbaren Uebertragungsformen eine gewisse Aehnlichkeit mit dem bargeldlosen Geldverkehr hat. Sie war aber lediglich die Girobank der ihr angeschlossenen Berliner Banken und Bankiers, die bei ihr die eigenen und die auf Stückekonto verwahrten Kundeneffekten in Sammelverwahrung gaben. Die durchgreifende Reform des Jahres 1925 dehnte den Kreis der

an der Sammeldeponierung Beteiligten erheblich aus, indem auch an anderen Börsenplätzen Effektengirobanken errichtet wurden, deren Aufgabe die Durchführung des erweiterten Effektengiroverkehrs ist. Die zahlreich erschienene Literatur untersuchte insbesondere die neugeschaffene Rechtslage und kam zu dem Ergebnis, daß der Effektenkunde, der seine Wertpapiere zur Sammelverwahrung gibt und über sie nur mit den Mitteln des Effektengiroverkehrs verfügt, in eine rechtlich weit bessere Lage versetzt ist als ihm die Verwahrung in den üblichen Depots gewährte. Der erweiterte Effektengiroverkehr verringert die Unkosten des Effektengeschäfts in ungeahntem Ausmaße, sodaß es im Interesse der Banken wie der Kunden liegt, wenn sich die neue Einrichtung auf breitester Basis durchsetzt. Im nachfolgenden sollen die Betrachtungen hauptsächlich auf einzelne Rechtsfragen gerichtet sein, die durch die Neugestaltung der Sammeldepoteinrichtung bedingt sind.

I. Sammeldepot.

Auf der Tagung des 22. Deutschen Juristentages zu Augsburg im Jahre 1892 hielt Strohal anläßlich der Debatte über den Entwurf für das am 5. Juli 1896 in Kraft getretene Depotgesetz („Gesetz betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere") einen Vortrag über die Notwendigkeit einer besonderen gesetzgeberischen Regelung der sogenannten Bankdepotgeschäfte. Bei der Besprechung der „verschiedenen Gestaltungen des Depotverhältnisses" sprach er über die eine der vier von ihm aufgezählten Depotarten, die er mit Karl Adlers (K. Adler, a.a.O. S. 148) Bezeichnung Vermengungsdepot nennt, mit den prophetischen Worten: „Daß aber dieses Vermengungsdepot schon gegenwärtig im Bankdepotwesen eine große Rolle spielt und eine noch viel größere zu spielen wahrscheinlich berufen ist, wird auch von Adler nicht hervorgehoben."[1])

Tatsächlich bestanden bereits zu jener Zeit Einrichtungen, die als Vorläufer der heutigen Effektengirobanken zu betrachten sind: die österreichische Postsparkasse und das im Jahre 1882 gegründete Giro-Effektendepot der Bank des Berliner Kassenvereins.[2]) Das Wesen des Sammel- oder Vermengungsdepots

[1]) Holdheims Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen, 2. Jahrgang, 1893 S. 349.

[2]) Ueber die Geschichte und Organisation der Bank des Berliner Kassenvereins sind ausführliche Abhandlungen enthalten u. a. in: Wittekind, a.a.O. S. 39 ff, Metze a.a.O. Bd. 90, S. 401 ff., Jacobson, Bankarchiv, J. 2, S. 185. Vgl. insbes. auch die „Geschäftsordnung für das Giroeffektendepot der Bank des Berliner Kassenvereins."

hat Strohal in richtiger Erkenntnis darin erblickt, „daß der Bankier zwar reelles Depot hält, also für seine Depotkunden jederzeit so viel Stücke der entsprechenden Art in Aufbewahrung hat, als er übernommen, jedoch derart, daß Sammeldepots für alle Stücke gleicher Art gebildet werden, ohne Sonderung des Depots der einzelnen Deponenten.“ Seit jener ersten Deutung des Sammeldepots sind die Definitionen dieser Depotart in den verschiedensten Variationen wiedergegeben worden; [1]) die Untersuchungen über die Rechtsnatur des Sammeldepots führten aber jeweils zu dem gleichen Ergebnis: Der Verwahrer ist befugt, gleichartige, vertretbare Wertpapiere verschiedener Hinterleger oder Verpfänder miteinander zu vermischen, ohne verpflichtet zu sein, dem Einlieferer die von ihm eingelieferten Stücke in specie zurückerstatten zu müssen. Der Verwahrer erwirbt nicht Eigentum an den hinterlegten Wertpapieren; das Alleineigentum des Einlieferers verwandelt sich dagegen in anteilsmäßiges Miteigentum an dem durch die Sammelverwahrung entstehenden Gesamtvorrat; die Verwahrung der Wertpapiere erfolgt nicht gesondert nach Hinterlegern, sondern nach Effekten der gleichen Gattung.

Durch diese Eigenschaften unterscheidet sich das Sammeldepot wesentlich von den anderen üblichen Depotarten, von depositum regulare und depositum irregulare. [2]) Das depositum regulare (Sonderdepot, regelmäßiges Depot) erfordert eine streng durchgeführte gesonderte Aufbewahrung der deponierten Wertpapiere, deren Eigentum dem Hinterleger erhalten bleibt; die Papiere müssen in specie zurückerstattet werden. Im depositum irregulare (Summendepot, unregelmäßiges Depot) erwirbt der Verwahrer Eigentum an den hinterlegten Wertpapieren; er ist lediglich obligatorisch verpflichtet, auf Verlangen des Hinterlegers Papiere gleicher Art, Güte und Menge (tantundem eiusdem generis) zurückzugewähren. (§ 700, Abs. 1, Satz 1 BGB.

Das Sammeldepot ist als eine Zwischenstufe zwischen diesen beiden Depotarten aufzufassen. Es trägt den Charakter eines modifizierten depositum regulare. Mit dem Sonderdepot hat es die Erhaltung des dinglichen Eigentumsrechtes (allerdings in Form von Miteigentum) gemein, während es insoweit dem Summendepot ähnelt, als der Verwahrer nur zur Rückgewähr von Effekten von gleicher Art und Menge verpflichtet ist. Aus der natürlichen Verschiedenheit dieser Depotarten ergibt sich auch eine verschieden gestaltete Rechtssicherheit des Hinterlegers.

---

[1]) vgl. z. B. Staub-Koenige, HGB., Anh. zu § 424, Anm. 58; Rießer a.a.O., S. 113, Staudinger, Bem. 7 zu § 700 BGB.; Metze a.a.O., Bd. 90, S. 379

[2]) vergl. Wittekind, a.a.O., Teil I, S. 7 ff; Meineke, a.a.O., S. 1 ff; Nitthack, a.a.O., S. 1 ff

Im Konkurse des Verwahrers hat der dinglich gesicherte Eigentümer ein Aussonderungsrecht für seine im Sonderdepot verwahrten Wertpapiere, das für die im Summendepot deponierten Stücke nicht geltend gemacht werden kann; dagegen haftet beim Summendepot der Verwahrer auch für Zufall, während sich die Haftung des Verwahrers beim regulären Depot bei Entgeltlichkeit nur auf die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 347 HGB.), bei Unentgeltlichkeit lediglich auf diligentia quam suis rebus (§ 690 BGB.) beschränkt.

Einer besonderen gesetzlichen Regelung ist das Sammeldepot nicht begegnet;[1]) trotzdem wurde es für die Durchführung des Effektengiroverkehrs als jene Depotart gewählt, die den zivil- und strafrechtlichen Eigentumsschutz und das Aussonderungsrecht im Konkurse des Verwahrers in vollem Umfange gewährleistet. Wenn auch über das Wesen, wie über die Bedeutung des Sammeldepots völlige Einigkeit herrscht, gehen die Meinungen über die Rechtsverhältnisse beim erweiterten Effektengiroverkehr, der auf der Sammeldeponierung aufgebaut ist, weit auseinander. Die viel umstrittene Frage, auf welche Weise und zu welchem Zeitpunkt Miteigentum der Einlieferer an den gemeinschaftlich verwahrten Effekten entsteht, bietet hinsichtlich der rechtlichen Konstruktion nicht mindere Schwierigkeiten als die Frage, wie die Besitzübertragung im Sammeldepot vor sich geht. Die Kompliziertheit des Fragenkomplexes hat daher auch zwei große erheblich voneinander verschiedene Theorien, die Vermengungstheorie und die Vertragstheorie, ausgelöst. Daß Miteigentum am Sammeldepot entsteht, ist eine nicht zu leugnende und allgemein anerkannte Tatsache; dahingegen vermag auch die von Staudinger-Kober (a.a.O. § 948,1 g BGB. vertretene Ansicht, daß sich bei dem Sammeldepot an den bisherigen Eigentumsverhältnissen nichts ändere, solange die Trennbarkeit der Wertpapiere noch möglich ist, nicht durchzudringen.[2]) Wittekind (a.a.O. S. 49) widerlegt diese Ansicht mit der einfachen Frage, woran ein Eigentum des Hinterlegers bestehen soll, wenn der Verwahrer von seinem Recht, anstelle der eingelieferten Wertpapiere andere zurückzuerstatten, Gebrauch macht und einem Dritten die Wertpapiere dieses Hinterlegers ausliefert. Es würde sich, da der Hinterleger auf Restitution identischer Stücke verzichtet hat, die ungewöhnliche Tatsache ergeben, daß Eigentum existierte, dessen Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB vom Hinterleger preisgegeben worden ist.

[1]) Das Depotgesetz vom 5. Juli 1896 regelt die Bankverwahrung nur in allgemeinen Bestimmungen; sein Zweck ist insbesondere die Normierung des Rechts der Effektenkommission.

[2]) vergl. auch Crome, Symstem III, § 406, Anm. 33; Ruth, ZB. 1 HH. Jg. 1, S. 140 ff; Bondi, DJZ., 31. Jg., S. 1027.

a) Die Vermengungstheorie.

Die Vermengungstheorie stellt die These auf, daß das Miteigentum durch Vermengung der eingelieferten Wertpapiere mit den bereits im Depot vorhandenen Wertpapieren gleicher Gattung entsteht. Sie ist in den Vorschriften der §§ 948, 947 BGB. begründet. Die Zahl der Anhänger dieser Theorie ist eine große.[1]) Ihre Konstruktion wurde neuerdings in einem von Schultz-Opitz abgefaßten Gutachten[2]) mit eindringlicher juristischer Schärfe begründet und auf ihre Eignung für die Durchführung des stückelosen Effektenverkehrs mit großem Erfolge untersucht. Die Verfasser erblickten den Erwerb des Miteigentums des Depotkunden am Sammeldepot in der untrennbaren Vermengung gem. §§ 948, 947 BGB.[3]). Nachdem über die zur gemeinsamen Verwahrung eingelieferten Effekten Nummernverzeichnisse angefertigt sind, werden die Stücke zu Stapelbeständen einzelner Gattungen in den Tresors vereinigt. Ein geringer Teil der verschiedenen Effektengattungen wird außerhalb der blockmäßigen Verwahrung in sogenannte Handbestände eingereiht, die für die auch bei der Sammelverwahrung nicht zu umgehende effektive Lieferung jederzeit bereitgehalten werden müssen. Ueber den Inhalt der einzelnen Sammeldepots wird nochmals ein besonderes, arithmetisch geordnetes Generalnummernverzeichnis aufgestellt, das zu jedem Zeitpunkt die Feststellung des Einlieferers der deponierten Wertpapiere ermöglicht. Mit dieser Maßnahme ist eine weitere Vereinfachung der Verwaltung beabsichtigt; damit ist aber zugleich auch ein wunder Punkt in der Vermengungstheorie bloßgelegt. Denn durch die Möglichkeit der Feststellung des jeweiligen Einlieferers von bestimmten Effekten, die trotz aller Gegenargumente[4]) mit Hilfe der Nummernverzeichnisse durchführbar ist, ist die Trennbarkeit der Stücke gegeben, sodaß die Rechtsfolgen des § 948 Abs. 1

[1]) Staub-Koenige, HGB., Anh. zu § 424, Anm. 58a; Düringer-Hachenburg 2. Aufl. 1913, III. Bd. S. 797 unter cc; Lehmann, Lehrb. des Handelsrechts, II. Aufl. 1912 S. 797; Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 1924, Bd. 2, S. 651, 652; Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 6 zu § 700 BGB.; Plank, BGB., Bem. 5 zu § 700; Dernburg, Bürgerl. Recht, III. Aufl. 2. Bd., 2, S. 594. Ferner: Paul Adler, Karl Adler, Niothack, Vogel, Ascher, Schultz-Opitz u. a.

[2]) „Sammeldepots beim Kassenverein", Gutachten, erstattet namens der Rechtsabteilung der Deutschen Bank, Berlin, von den Rechtsanwälten Justizrat Dr. Hans Schultz und Dr. Georg Opitz, Berlin; abgedruckt in: Bank-Archiv XXV Jg. Nr. 16 vom 15. Mai 1926; siehe ferner: Opitz-Schultz, J. W. 1926, S. 473 ff. Opitz, Bank-Archiv, XXVII Jg. S. 195. ders. Bank-Archiv, XXV Jg. Nr. 6; ders. J. W. 1926, S. 2063; ders. Bank-Archiv XXV Jg. Nr. 21.

[3]) Schultz-Opitz, Gutachten, Bank-Archiv, Sonderabdruck; ebenso Ascher, a.a.O., S. 5.

[4]) Opitz, J. W. 1926, S. 2063; Corwegh, Berliner Börsenzeitung 1926, Nr. 288; Boehme, Bank-Archiv, XXV Jg. Nr. 9, Ascher, a.a.O. S. 6 ff.

BGB. in Verbindung mit § 947 BGB. nicht eintreten. Dem Inhalt nach soll § 948 BGB. die Rechtslage klären, die beim Vorliegen einer tatsächlichen Unmöglichkeit der Trennung geschaffen ist. Eine Untrennbarkeit kraft Vereinbarung ist ebenso unmöglich, wie die Vereinbarung der Rechtsfolgen des § 948 BGB.; diese treten vielmehr selbst gegen den Willen der beteiligten Eigentümer ein.[1]) Wenn nunmehr die Entstehung des Miteigentums auf die Tatsache gegründet ist, daß die Trennung der vermengten Effekten mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist (§ 948 Abs. 2 BGB.; Opitz-Schultz, J. W. 1926, S. 475), so wurden umgekehrt aber wieder gute Gründe gegen diese Argumentation vorgebracht, die den Nachweis erbrachten, daß die Aussonderung der einzelnen Stücke ohne viel Aufwand an Arbeit und Kosten geschehen könne.[2])

Es ist nicht nur die Möglichkeit der Trennung, sondern auch die Unverhältnismäßigkeit der Kosten Tatfrage. Der Kommentar der Reichsgerichtsräte (Bem. 3 zu § 948 BGB.) hält die Kosten der Trennung für unverhältnismäßig, „wenn sie nicht im Verhältnis stehen zu den wirtschaftlichen Werten, welche durch die Trennung hergestellt oder wiederhergestellt werden." Es darf doch aber nicht zu sehr Gewicht gelegt werden auf die Wertfrage im objektiv-wirtschaftlichen Sinne; die Wertfrage muß in diesem Falle wohl insbesondere nach subjektiv-persönlichen Momenten beurteilt werden. Sohin wird ein Depotkunde die Wiedererlangung des Besitzes seiner sammelverwahrten Wertpapiere im Konkurse des Verwahrers oder in politisch unruhigen Zeiten an und für sich wertmäßig höher einschätzen, als der Aufwand der Kosten für die Trennung betragen würde.[3])

Die Entstehung des Miteigentums nach § 948 Abs. 2 BGB. ist also ausgeschlossen.[4]) Es wäre sonach tatsächlich die Rechtslage geschaffen, die Staudinger-Kober (a.a.O. § 948,1 g BGB.) für gegeben hält, wenn die absolute Trennbarkeit der im Sammeldepot verwahrten Wertpapiere möglich ist.

Unter den Vertretern der Vermengungstheorie gehen die Ansichten über die Frage, in welchem Zeitpunkte das Miteigentum entsteht, wesentlich auseinander: einerseits wird dieser Zeitpunkt im Augenblick der Einlieferung (K. Adler, a.a.O. S. 147 ff.; Wittekind a.a.O. S. 51 ff.; Opitz-Schultz J. W. 1926

[1]) Siehe Metze, a.a.O., Bd. 90, S. 387.

[2]) Eichholz, J. W. 1926, S. 1512 ff; Metze a.a.O. Bd. 90, S. 385; Ruth, Zentralblatt für H. R., Jg. I, Nr. 4; s. auch Rießer, a.a.O. S. 115, Fußnote 1.

[3]) S. auch Gieseke a.a.O. S. 9; Metze a.a.O. Bd. 90, S. 386; vergl. hierzu Riesser a.a.O. S. 117.

[4]) s. auch Gieseke, a.a.O., S. 9; Lehmann-Ring, Anh. zu § 424 HGB., Nr. 13.

S. 475; v. Schey a.a.O. S. 391 ff.) [1]), andererseits im Augenblick der tatsächlichen Vermengung der eingelieferten Wertpapiere mit den bereits in Sammelverwahrung befindlichen erblickt. [2]) Die letztere Ansicht ist die folgerichtige (siehe Rießer a.a.O. S. 114 Anm. 1), hat aber für die Zwecke der Sammelverwahrung wenig wünschenswerte Rechtswirkungen im Gefolge. Der Zeitpunkt, in welchem tatsächlich die Vermengung der deponierten Wertpapiere durch den Verwahrer vorgenommen wird, ist äußerlich schwer erkennbar; während der Zeit zwischen Einlieferung und Vermengung ist dem Einlieferer der Genuß der mit Abschluß des Sammelverwahrungsvertrages beabsichtigten und angestrebten Vorteile der Sammelverwahrung entzogen; er muß einen Verlust, den sonst die Sammeldepotteilnehmer mitzutragen hätten, allein tragen; außerdem kann er in dieser Zwischenzeit über die Effekten nicht weiter verfügen, weil eine solche Verfügung Miteigentum am Sammeldepot voraussetzt (Metze a.a.O. Bd. 90, S. 387, 388). Doch ist diesen Rechtsfolgen praktisch keine allzu große Bedeutung beizumessen, da auf jeden Fall der Hinterleger bis zum Augenblick der Begründung des Miteigentums Alleineigentümer ist und sein dinglicher Eigentumsschutz erhalten bleibt. Noch hat sich die Vermengungstheorie auch nicht mit der Frage beschäftigt, ob die von den Stapelbeständen getrennt gehaltenen Handbestände denselben Rechtsgrundlagen unterworfen sind wie das Sammeldepot. Das von Eichholz (J. W. 1926, S. 1512) vorgebrachte und von Metze (a.a.O. Bd. 90, S. 388) übernommene Bedenken, daß der Einlieferer eines großen Aktienpaketes das Alleineigentum an den wenigen bereits in Sammelverwahrung befindlichen Aktienstücken gemäß § 947 Abs. 2 BGB. erwerbe, da die von ihm eingelieferten Aktien als die das Alleineigentum begründete Hauptsache anzusehen sei, verdient eine ernstliche Würdigung wohl nicht; eine einzelne Aktie kann nicht als Nebensache gegenüber einer Mehrzahl von Aktien betrachtet werden, die auch bei Blockierung nicht zur Hauptsache werden können, da der Begriff Hauptsache ein einheitlich ganzes, unauflösbares Gebilde voraussetzt; ein Aktienpaket dagegen besteht aus einer unbestimmten Anzahl einzelner Aktienstücke, die jederzeit auseinandergelöst werden können.

---

[1]) Im Anschluß an v. Schey: Vogel, „Der Bankier als Verwahrer von Wertpapieren nach geltendem Recht", Leipzig 1904; beide konstruieren das Sammeldepot als Realkontrakt, der mit Uebergabe der Stücke und gleichzeitig erfolgender Einigung der Hinterleger das Miteigentum zum Entstehen bringt.

[2]) So die überwiegende Mehrheit der Kommentatoren, darunter Staub-Koenige, Anh. zu § 424 HGB., Anm. 58 a; Düringer-Hachenburg, III, S. 797, Anm. 7; Paul Adler, a.a.O. S. 43; Nithack, a.a.O. S. 35 ff; Meinecke, a.a.O., S. 31; Jacobson, Bank-Archiv II. Jg., S. 186.

Aus allen diesen Erwägungen, die die bedenklichen Lücken im Aufbau ihrer Rechtsgrundlagen klarlegen, ist die Vermengungstheorie abzulehnen. Denn die Umwandlung von Sondereigentum in Miteigentum auf den von ihr gezeigten Wegen ist ein Rechtsvorgang, der zu sehr der Rechtssicherheit entbehrt, als daß er Vertrauen auf eine entsprechende richterliche Beurteilung erwecken könnte. „Es ist weder sachgemäß noch zweckmäßig, den Eintritt dieser dinglichen Rechtsfolge in erster Linie auf die Tatsache der Vermischung zu stützen, weil man damit in einer für die Rechtssicherheit des Sammeldepots nicht erträglichen Weise der — je nach Gestaltung der Einrichtungen des Verwahrers verschieden zu beantwortenden — Tatfrage ausschlaggebende Bedeutung beimißt, ob die Trennung der vermischten Wertpapiere mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist (§ 948 Abs. 2 BGB.)". (Riesser a.a.O. S. 114, 115). Riesser hält die Anwendbarkeit des § 948 BGB. nur in den verhältnismäßig seltenen Fällen für erforderlich, in denen ein Sammelverwahrungsvertrag zwischen Verwahrer und unmittelbarem Hinterleger wirksam nicht abgeschlossen wurde, z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit eines der Vertragsteile oder wegen Irrtums im Sinne des § 119 BGB. Die Vertragstheorie hat durch die Lehre von der rechtsgeschäftlichen Begründung des Miteigentums am Sammeldepot eine die Rechtssicherheit des Sammeldepots gewährleistende Lage geschaffen.

b) Vertragstheorie.[1])

Die Vertragstheorie geht von der Rechtserkenntnis aus, daß Miteigentum nicht nur kraft Gesetzes, sondern auch durch Rechtsgeschäft begründet werden kann (Staudinger, 1912, III.Bd. Bem. I, 2 b zu § 1008 BGB. Auf den Erwerb des Miteigentums finden dieselben allgemeinen Rechtssätze wie beim Alleineigentum (§ 929 ff BGB.) Anwendung (s. Staudinger 1912, III.Bd. Bem. II, 2 a zu § 1008 BGB.); es ist also zur Begründung von Miteigentum insbesondere Einigung und Uebergabe notwendig. Der rechtliche Vorgang bei der Einlieferung von Wertpapieren in ein Sammeldepot spaltet sich in zwei Einzelvorgänge: die Uebereignung der eingelieferten Stücke durch den Einlieferer an die Bank als Vertreterin aller Hinterleger gleichartiger Effekten und die Uebertragung einer Miteigentumsquote an den gesamten gleichartigen Sammeldepoteffekten durch die wiederum

[1]) Ihre Verfechter sind u. a. v. Schey, Wittekind, Servais, Meinecke, Kiwe, Gieseke, v. Gierke, Lehmann-Ring, Riesser, Metze; letzterer hat sie in überzeugenden Ausführungen in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, begr. von L. Goldschmidt, 1927, Bd. 90, S. 376 ff. und 1928, Bd. 91, S. 1 ff. begründet.

als Vertreterin der früheren Hinterleger fungierende Bank auf den neuen Hinterleger. Die Vorgänge vollziehen sich zu gleicher Zeit uno actu. Es ist ohne weiteres anzunehmen, daß die auf den rechtswirksamen Erfolg dieser Handlungen gerichtete Einigung vorhanden war, denn beide Parteien wollten a priori die sofortige Entstehung des Miteigentumsverhältnisses. Die Bank, die dabei als Vertreterin der Hinterleger aufgetreten ist, handelte bei Kundgabe ihres Parteiwillens gemäß ihrem aus den Sammelverwahrungsverträgen herrührenden Recht zu dieser Vertretung. Mit der körperlichen Uebergabe der einzuliefernden Stücke durch den Hinterleger an die Bank und mit der Einräumung des mittelbaren Mitbesitzes an den Sammeldepoteffekten gleicher Gattung mittels Vereinbarung der Sammelverwahrung ist die Umwandlung von Alleineigentum in Sondereigentum rechtsgültig vollzogen.

Viel umstritten ist die Frage, auf welche Weise und auf Grund welchen rechtlichen Vorganges sich die Besitzübertragungen vollziehen, die bei der Einlieferung von Kundeneffekten ins Giroeffektendepot notwendig werden. Nach zwei Richtungen hin ist die Veränderung der Besitzverhältnisse zu untersuchen, und zwar hinsichtlich des Erwerbes eines Miteigentumsanteils der bisherigen Sammeldepotteilhaber an den neu eingereichten Effekten, und hinsichtlich des Erwerbes eines entsprechenden Sammeldepotanteils durch den Eigentümer der neu hinterlegten Wertpapiere. Es ist das unbestrittene Verdienst Metze's, den Nachweis erbracht zu haben, daß mit der sinngemäßen Anwendung des sog. antizipierten Besitzkonstituts die Schwierigkeiten in der Frage der Rechtswirksamkeit dieser Besitzübertragungen behoben werden (Metze, a.a.O. Bd. 91, S. 4 ff.). Die einzelnen Besitzübertragungen werden von der Effektengirobank vollzogen. Die Effektengirobank steht allerdings nicht mit allen Sammeldepotteilhabern im Vertragsverhältnis, sondern lediglich mit den ihr angeschlossenen Effektengiromitgliedern, die meist Banken sind. Die einliefernden Sammeldepotkunden werden aber von ihrer Bank, die entweder direkt als Effektengiromitglied oder auf dem Umweg über den der Effektengirobank angeschlossenen Zentralbankier (die Zentralbank) die Hinterlegung vornimmt, auf Grund des Sammelverwahrungsvertrages vertreten. Mit der Hinterlegung der Wertpapiere im Sammeldepot wird demzufolge zunächst die unmittelbar hinterlegende Bank und nicht ihr Depotkunde Miteigentümerin der von einem anderen Effektengiromitglied eingelieferten oder der bereits in Sammelverwahrung lagernden Wertpapiere. Um diese Folge zu vermeiden, ist der Nachweis zu erbringen, daß eine künftig zu erwerbende Sache mit der Wirkung übereignet werden kann, daß das Eigentum mit dem Erwerbe des Veräußerers ohne weiteres übergeht.

Das Rechtsgebilde des antizipierten Besitzkonstituts wird in Literatur wie Rechtsprechung fast ausnahmslos abgelehnt. „Ein constitutum possessorium von Sachen, die der Veräußerer erst erwerben will, hat vielmehr höchstens obligatorische Kraft" (Biermann, Sachenrecht, Bem. 3 zu § 930 BGB). Planck (1913 § 164, Bem. 5 c) erscheint die Annahme eines antizipierenden Besitzkonstituts nicht als rechtlich unzulässig, unter der Voraussetzung allerdings, daß zu dem Zeitpunkte des Besitzerwerbs des Vertreters das Einverständnis noch besteht, daß der mittelbare Besitz und das Eigentum durch constitutum possessorium für den Vertretenen erworben werde. Diese Auffassung, bemerkt Metze richtig, rechtfertigt die Annahme eines antizipierten Besitzkonstituts in Wirklichkeit nicht; der angestrebte Erfolg geht dabei insofern wieder verloren, als nicht zufolge der vorhergegangenen Einigung, sondern erst durch ein erforderlich werdendes weiteres Rechtsgeschäft die Uebertragung des Besitzes und Eigentums durch den Vertreter auf den Vertretenen rechtsbegründend vollzogen wird. Enneccerus (Allg. Teil d. BGB, 1911, § 167, II, Abs. 2) will dieses weitere Rechtsgeschäft ausgeschaltet wissen, da die dingliche Rechtsänderung „nicht durch die Tradition an den Vertreter, sondern durch eine mit dieser gleichzeitig vollendete weitere Uebertragung des Vertreters an den Vertretenen" eintritt. Enneccerus hat die Gültigkeit des antizipierten Besitzkonstituts anerkannt, wenn er erklärt, daß das reale Erfordernis bei den Realgeschäften mit den Willenserklärungen nicht gleichzeitig einzutreten braucht, sondern ihnen vorausgehen oder nachfolgen kann (ebenda, § 136 B, 1a). Denn „das Geschäft des Konstituts setzt sich aus den zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen ausgetauschten Erklärungen, daß die demnächst stattfindende Besitzergreifung für den Vertretenen erfolge und auf ihn Eigentum übertrage, und aus der Besitzergreifung selber zusammen". Die Besitzergreifung müsse im Einklang stehen mit den ausgetauschten Erklärungen. Die vielfach behauptete Unklarheit der Rechtslage, die hiedurch geschaffen sein soll, wird bei Verträgen über Gattungssachen in dem Augenblick beseitigt, in dem die Aussonderung aus der Gattung erfolgt. Die Spezialisierung erzeugt die Rechtskraft der dinglich-rechtlichen Eigentumsänderungen. Das Reichsgericht hat in verschiedenen Fällen das antizipierte Besitzkonstitut berücksichtigt (s. Warn. 1925, Nr. 27; 1912, Nr. 213 und 214; vergl. ferner J. W. 1913, S. 432, Spalte 10; J. W. 1912, S. 797, Spalte 15; Wolff, Sachenrecht § 67, I 2; s. auch Komm. d RGR., Anm. 3 zu §164 BGB, Anm. 2 zu § 930 BGB). Ferner wird die Unentbehrlichkeit des antizipierten Besitzkonstituts eindringlich verfochten von Zitelmann (in Iherings Jahrbücher, Bd. 70, S. 1 ff) und v. Tuhr (in Iherings Jahrbücher, Bd. 48, S. 47 ff).

Ebenso ist nach Lindemann-Sörgel (Bürgl. Gesetzbuch, 1926, Anm. zu § 930) der Eigentumsübergang vollzogen, „sobald der Veräusserer der Abrede gemäß handelt."

Die Voraussetzung für ein antizipiertes Besitzkonstitut, das dem Einlieferer sofort mit Hinterlegung der Wertpapiere im Sammeldepot einen Miteigentumsanteil an der Gesamtheit der jeweiligen sammelverwahrten Effektengattungen verschaffen soll, ist die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses gemäß § 868 BGB, welches dem Erwerber des Miteigentümeranteils mittelbaren Besitz verschafft. Als ein solches Verhältnis ist der zwischen der Bank und ihren Hinterlegern abgeschlossene Sammelverwahrungsvertrag zu betrachten. In diesem Vertrag ist zugleich die antecipando vorgenommene Einigung enthalten darüber, daß sowohl der mit der Einlieferung von Kundeneffekten entstehende Sammeldepotanteil als auch die von der Bank erworbene Miteigentumsquote an künftig von anderen Effektengiromitgliedern hinterlegten Effekten sofort mit dem Erwerbe durch die Bank — als Effektengiromitglied erwirbt sie zuerst — auf den Sammeldepotkunden übergeht. Die Vertragsparteien sind solange an diesen im voraus erklärten Uebereignungswillen gebunden, als der Sammelverwahrungsvertrag besteht (Metze, a. a. O. Bd. 91, S. 4, Fußnote 8); durch diesen Vertrag ist der Bank die Verpflichtung auferlegt, nicht sich, sondern dem Sammeldepotkunden die dinglichen Rechte aus der Sammelverwahrung zu übereignen. Metze (a. a. O. Bd. 91, S. 9 ff) weist noch auf die Schwierigkeiten hin, die eine nicht ordnungsgemäße Ausführung eines Auftrages zur Hinterlegung von Wertpapieren bei der Effektengirobank dem Hinterleger bezüglich des sofortigen Anteilserwerbes bereiten könne.

In der Literatur wurden bislang die Betrachtungen über die Sammeldepotgestaltung auf die Untersuchungen der schuldrechtlichen und sachenrechtlichen Grundlagen auf der einen Seite, der ökonomischen und technischen Einrichtung auf der anderen Seite beschränkt. Die Bedeutung, die dem einer großen Entwicklung entgegen gehenden Effektengirowesen zukommt, erfordert aber eine Klärung aller zur Zeit noch umstrittenen Fragen, die sich insbesondere aus den Beziehungen der dem Effektengiroverkehr als Grundlage dienenden Sammeldepoteinrichtung zum geltenden Pfandrecht, Aktienrecht, Konkursrecht und Strafrecht zwangsläufig ergeben. [1])

[1]) Ueber die einzelnen Rechtsbeziehungen zwischen Girosammeldepot und unmittelbaren Hinterlegern, zwischen der Bank (Bankier) und mittelbaren Hinterlegern und endlich zwischen den am Sammeldepot Beteiligten gegenüber Dritten sind übersichtliche und treffende Ausführungen enthalten in Riesser-Bernstein, Das Bankdepotgesetz, 5. Aufl., Berlin 1928, S. 121 ff.; ebenso sei verwiesen auf die von Metze, a.a.O. Bd. 90, S. 408 ff. angestellten Untersuchungen über die Lehre

II. Pfändung und Verpfändung des Sammeldepotanteils.

Die Verfügung des Hinterlegers über seinen Sammeldepotanteil geschieht mittels des Effektenschecks.[1]) Die Uebertragung des Sammeldepotanteils beruht gemäß § 931 BGB. auf der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Effekten, der sich gegen die Effektengirobank richtet. Die Uebertragung zum Zwecke der Verpfändung eines Sammeldepotanteils kann auf zwei Wegen erfolgen: einerseits durch Einigung und Uebertragung des dem Eigentümer zustehenden mittelbaren Miteigentumsquotenbesitzes auf den Pfandgläubiger gem. § 1205, Abs. 2 BGB. oder andererseits durch Einräumung des Mitbesitzes am Sammeldepotanteil gem. § 1206 BGB. durch Herausgabe an den Eigentümer und den Pfandgläubiger gemeinschaftlich. Zur Bestellung des Pfandrechtes zugunsten eines Dritten nach § 1205, Abs. 2 BGB. ist außerdem die Anzeige von der geschehenen Verpfändung an den Besitzer zu richten; Besitzer ist bei der Sammelverwahrung nicht die unmittelbar verwahrende Effektengirobank, sondern jener Bankier oder jene Bank, mit der der Depotkunde durch den Verwahrungsvertrag in unmittelbarem Vertragsverhältnis steht. Dieses Vertragsverhältnis wird durch den Verpfändungsvorgang in seinem Weiterbestand nicht berührt. Wenn durch die Verpfändung die Effektengirobank selbst, die als sammeldepothaltende Bank unmittelbare Besitzerin der Sammeldepotanteile ist, zum Pfandgläubiger bestellt werden soll, so genügt gem. § 1205, Abs. 1, Satz 2 BGB. die Einigung über die Entstehung des Pfandrechts; selbstverständlich ist eine Anzeige an den Besitzer des Pfandobjekts — die Effektengirobank — nicht notwendig. Die Verpfändung des Anteils eines Sammeldepotkontoinhabers an die mit diesem im Verwahrungsvertragsverhältnis stehende Bank auf Grund des Pfandrechts, das sich die Banken in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen an den in ihrem Besitz befindlichen Kundensammeldepotanteilen zur Sicherung aller ihrer Forderungen einräumen lassen, vollzieht sich in gleicher Weise gemäß der Vorschrift des § 1205, Abs. 2 BGB. Aus der Tatsache, daß in dieser Anerkennung der Geschäftsbedingungen die notwendige Willenseinigung der Parteien über künftige, auf Grund des gegenseitigen Geschäfts-

---

von der Rechtsnatur des Effektenschecks (vgl. hiezu: Recke, Lieferschein und Effektenscheck, Mannheim 1927). Ueber die Gemeinschaftsverhältnisse der Miteigentümer am Sammeldepot, s. Ascher a.a.O., S. 10 ff.; über die Beziehungen der Grundlagen des Sammeldepots zum Depotgesetz, s. Schultz-Opitz, Gutachten, Bank-Archiv, Sonderdruck, III, S. 5 ff.; über die Rechte des Hinterliegers, s. Staub-Koenige, Anhang zu § 424 HGB., Anm. 59; über die technische Einrichtung des Sammeldepots, s. Kiesow, a.a.O. S. 1 ff. und Lemaitre a.a.O. S. 1 ff.

[1]) Ueber die Rechtsnatur des Effektenschecks, s. Metze, a.a.O. Bd. 90, S. 408 ff. und Ascher, a.a.O. S. 16 ff.; über seine banktechnische Behandlung s. Lemaitre a.a.O. S. 27 ff.

verkehrs entstehende Pfandrechte zu erblicken ist, schließt Metze (a.a.O. Bd. 91, S. 16) mit Recht die Zulässigkeit von Realverträgen, bei denen „die Einigung dem Besitzerwerb auch vorausgehen kann mit der Wirkung, daß die Parteien während des Fortbestehens des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses an ihre im voraus erklärte Einigung gebunden sind."

In der Praxis bewirkt die Verpfändung von Sammeldepotanteilen eine Aussonderung und getrennte Aufbewahrung von Wertpapieren in entsprechender Anzahl für den Pfandgläubiger; vielfach wird auch die Aushändigung von Stücken gemäß § 1205, Abs. 1 BGB vorgenommen [1]). Mit dieser Umwandlung von Sammeldepot in Sonderdepot und mit der dadurch bedingten abgesonderten Aufbewahrung wird der Geschäftsgang und das Unkostenkonto der Effektengirostelle auf eine Weise nicht unerheblich belastet, die den Rationalisierungszwecken der Sammeldepotgestaltung erfolggefährdend zuwiderläuft. Außerdem wäre die Verpfändung eines Sammeldepotanteils, der sich in zweiter und folgender Hand befindet, bei Anwendung der Verpfändungsmaßnahmen der Effektengirobank nicht durchführbar (s. Rießer a.a.O. S. 130). In der Entscheidung des Reichsgerichts vom 28. 10. 1902 (RGZ, Bd. 52, S. 385 ff), die maßgebend für die Rechtsauffassung der Praxis im Verpfändungsgeschäft war, wird die Konkretisierung des Pfandobjekts für erforderlich gehalten bei der „Uebertragung des Besitzes an einzelnen Bestandteilen einer Sachgesamtheit". Ausdrücklich ist jedoch die Verpfändung von ideellen Anteilen ohne Aussonderung gestattet; der Sammeldepotanteil ist ein solcher ideeller Anteil an der Sachgesamtheit: „Sammeldepot", der ohne Aussonderung verwertet werden kann. Es ist demzufolge die Verpfändung von Girosammeldepotanteilen anstelle der Effektenstückeverpfändung ebenso möglich und zwar auf Grund der Bestimmungen der §§ 1205 und 1206 BGB, wie sie gemäß § § 747, 1258 BGB zulässig ist. „Nicht der mittelbare Besitz an Stücken ist zum Zwecke der Pfandbestellung zu übertragen, sondern der Besitz (mittelbare Mitbesitz) am Sammeldepot" (Schultz-Opitz, Gutachten, Bank-Archiv, Sonderabdruck S. 9). Die Praxis wird also wohl besser, wie es auch allseits im Schrifttum gefordert wird [2]), die Pfandbestellungen nach den Vorschriften der §§ 1205, 1206 BGB. vornehmen. Das

[1]) Bei der Bank des Berliner Kassenvereins geschieht dies mittels eines grünen Effektenschecks, dessen Begebung eine Aussonderung der verpfändeten Anzahl Wertpapiere zur Folge hat. Der rechtliche Vorgang ist im § 16 der Geschäftsordnung der Bank des Berliner Kassenvereins geregelt; s. auch Opitz-Schultz, J. W. 1926, S. 478.

[2]) Schultz-Opitz, Bank-Archiv XXV. Jg., Gutachten, Sonderabdruck S. 9, Opitz-Schultz, J. W. S. 479, 1926; Ascher, a.a.O. S. 20; Riesser, a.a.O. S. 130; Staub-Koenige, Anh. zu § 424 HGB., Anm. 59a; Wehl, Bank-Archiv XXVI. Jg. Nr. 4.

Bedürfnis des Einzelfalles soll ausschlaggebend sein für die Wahl der vom Gesetzgeber selbst in diesen Paragrafen zur Disposition gestellten Möglichkeiten der Pfandbestellung. Darum ist Rießer beizustimmen, wenn er die Einräumung der gleichen Freiheit für die Beteiligten seitens der Effektengirobanken und der übrigen Banken empfiehlt (s. Rießer, a.a.O. S. 130). Opitz (Bank-Archiv, XXVII. Jg. Nr. 11, S. 195) hält nur den Weg über § 1205, Abs. 2 BGB für gangbar, in der allerdings berechtigten Absicht, die schnelle Verwertbarkeit der verpfändeten Wertpapiere dem Pfandgläubiger nach Möglichkeit zu erhalten. Nach Ascher's Ansicht (a.a.O. S. 21) ist weit mehr Bedeutung der Sicherheit der Pfandsache bei der Wahl des Verpfändungsmodus beizulegen, sodaß folgerichtig die Bestimmung des § 1206 BGB, Halbsatz 2 anzuwenden wäre, denn die an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgende Herausgabe des Pfandobjektes verhindere unberechtigte Handlungen des Gläubigers an der Pfandsache. Den einzelnen Vorzügen dieser Verpfändungsmöglichkeiten stehen aber ganz beachtliche Nachteile gegenüber: die Gefahr der Pfandunterschlagung bei der Verpfändung des Sammeldepotanteils gemäß § 1205, Abs. 2 BGB, ist außerordentlich groß und naheliegend, während die Anteilsverpfändung gemäß § 1206 BGB eine erschwerte, vielfach auch nur durch Klageerhebung durchzusetzende Pfandverwertung zur Folge hat. Die Lösung der Streitfrage liegt in der alternativen Zulassung der diesbezüglichen geltenden Gesetzesbestimmungen.

Die Verwertung der verpfändeten Sammeldepotanteile, ein dem Pfandgläubiger aus § 1228 BGB in Verbindung mit dem in der Sammeldepotfrage analog anzuwendenden § 419 HGB (Staub-Koenige, Anhang zu § 424 HGB, Anm. 58 a; Schultz-Opitz, Gutachten, Bank-Archiv, Sonderabdruck S. 2) zustehendes Recht, kann mit Eintritt der Pfandreife auf verschiedene Weise bewirkt werden: eine im Wege des § 1206 BGB erfolgte Verpfändung verschafft dem Pfandgläubiger den Anspruch auf Herausgabe des Pfandes zum Zwecke des Verkaufs, wogegen der Verpfänder anstelle der Herausgabe die Ablieferung an einen gemeinschaftlichen Verwahrer verlangen kann (§ 1231 BGB). Der sich auf § 1205, Abs. 2 BGB gründende Pfandbesitz am Sammeldepotanteil wird, da dieser einen Börsenpreis hat, auf dem vom § 1235, Abs. 2, § 1221 BGB, vorgeschriebenen Wege verwertet. Dabei bleibt es dem Pfandgläubiger überlassen, ob er die Ausfolgung von Effekten in entsprechender Gattung und Menge beansprucht und dem Pfandkäufer übergibt oder ob er den verpfändeten Sammeldepotanteil im Wege des Effektengiroverkehrs an den Pfandkäufer unmittelbar überweist. Die

Veräußerung des verpfändeten Sammeldepotanteils als solchen ist gemäß § 1258, Abs 4 BGB zuläßig. Diese Bestimmung widerlegt auch die Annahme, daß gemäß § 1258, Abs. 2 und 3 BGB eine Aufhebung der Sammeldepotgemeinschaft eintreten müsse. (s. Ascher a.a.O. S. 22; Opitz-Schultz, J.W. 1926, S. 479). Die durch Geltendmachung des Konkretisierungs- und Herausgabeanspruchs gegenüber der Sammelverwahrungsbank erworbenen Wertpapiere gewähren dem Pfandgläubiger das Pfandrecht erst mit ihrem Erwerbe. Dagegen würde bei einer vorzeitigen Aufhebung der Hinterlegung das Pfandrecht die anstelle des Sammeldepotanteils tretenden Wertpapiere ergreifen. Der Verpfänder kann die vor Eintritt der Verkaufsberechtigung fällig werdenden Dividendenscheine vom Pfandgläubiger herausverlangen (§ 1296, Satz 2; § 1228, Abs. 2 BGB).

Die Zulässigkeit der Pfändung eines Sammeldepotanteils ist in §§ 747, 751 Satz 2 BGB., ausgesprochen Die Pfändung muß sich ebenso wie bei der Verpfändung auf den Anteil am Sammeldepot, nicht aber auf konkrete Stücke erstrecken; einer Pfändung von Stücken würde die Rechtsprechung des Reichsgerichts (vergl. RGZ. Bd. 52, S. 385) entgegenstehen. Für die Durchführung der Pfändung ist im Gesetz ein doppelter Weg gegeben: in der Zwangsvollstreckung gemäß § 857,I ZPO. oder in der Geltendmachung des dinglichen Anspruchs auf Herausgabe einer dem Anteil entsprechenden Menge von Wertpapieren gemäß § 846 ZPO. Das Anteilsrecht am Sammeldepot ist ein Vermögensrecht im Sinne des § 857,I ZPO. (Stein-Jonas, Anm. II,1 zu § 857 ZPO.), sodaß für die Pfändung die Vorschriften in §§ 829, 835, 836 ZPO. in Betracht zu ziehen sind. Die Zustellung des Pfändungs- und Ueberweisungsbeschlusses (§§ 829, 835, 836 ZPO.) hat an die Effektengirobank als Drittschuldnerin zu erfolgen. Der Ansicht von Schultz-Opitz (Gutachten, Bank-Archiv, Sonderabdruck S. 9, 10), daß Drittschuldner die Sammeldepotkunden seien, ist nicht beizutreten; die praktische Durchführung einer Zustellung des Pfändungsbeschlusses an sämtliche, dem Pfändungsgläubiger unbekannte Sammeldepotteilhaber ist unmöglich. Es steht zwar fest, daß bei Pfändung eines Anteilrechtes einer Gemeinschaft nach Bruchteilen die übrigen Gemeinschaftsteilhaber für die Zwecke der Zustellung Drittschuldner sind. Die Sammeldepotgemeinschaft kann aber, da auf sie entsprechend ihrer Konstitution die Vorschriften des Bürgerl. Gesetzbuches über die Gemeinschaft (§ 741, ff BGB.) nur teilweise anzuwenden sind (s. Schultz-Opitz, Gutachten, Bank-Archiv, Sonderabdruck S. 2 ff.; Ascher a.a.O. S. 10), nicht nach denselben Gesichtspunkten betrachtet werden; denn der Anteilseigner eines Sammeldepots kann die Herausgabe seiner hinterlegten Wertpapiere nur vom Depothalter verlangen, während

er bei der gewöhnlichen Gemeinschaft (§ 741 ff BGB.) sein Auseinandersetzungsbegehren gegen die übrigen Gemeinschafter richten muß. Die depothaltende Effektengirobank ist auf Grund der zwischen ihr und ihren Mitgliedern geschlossenen Verwahrungs- und Verwaltungsverträge und dem mutmaßlichen Willen ihrer Hinterleger zufolge zu einer Vertretungsmacht befugt, die zu allen die kundeneigenen Anteilsrechte in ihrem Bestand nicht berührende Verfügungen über die verwahrten Effekten berechtigt. Eine solche Verfügung erblickt Metze (a.a.O. Bd. 90, S. 426, 427) in dem auf Anordnung des Vollstreckungsgerichts seitens der Effektengirobank gegen den Pfändungsschuldner erlassenen Verbot, Verfügungen über seinen Sammeldepotanteil zu treffen. Die Zustellung dieses Pfändungsbeschlusses an die Effektengirobank als Drittschuldnerin verschafft dem Gläubiger das Pfandrecht. Nach der Zweckbestimmung der Vorschriften über die Benachrichtigung des Drittschuldners soll gerade der unmittelbare Besitzer — bei Sammelverwahrung ist dieser die Effektengirobank — an der Auslieferung des gepfändeten Anteils gehindert werden; darum ist auch der unmittelbare Besitzer der Drittschuldner im Sinne von § 829 ZPO. (s. Ascher, a.a.O. S. 24) [1])

Die Verwertung des gemäß § 857 ZPO. gepfändeten Sammeldepotanteils wird durch Ueberweisung der schuldnerischen Anteilsrechte am Sammeldepot zur Einziehung (§ 835 ff ZPO.) erreicht. Die Ueberweisung an Zahlungs Statt ist nicht möglich, da der Anteil einen bestimmten Nennwert nicht hat (s. Stein-Jonas, § 857, V, 1 ZPO).

Außer der Pfändung mit Hilfe des § 857 ZPO. kann der Gläubiger des Sammeldepotteilhabers auch eine Pfändung des schuldnerischen Anspruchs gegen die Bank (Bankier) auf Herausgabe der Menge von Wertpapieren, die seinem Miteigentumsanteil entspricht (§ 846 ZPO.) vornehmen. Entgegen Ascher, der als Drittschuldnerin in diesem Falle wiederum die Effektengirobank und zwar in ihrer Eigenschaft als Lagerhalterin (§§ 416, 419 HGB.) betrachtet, ist die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an die Bank (Bankier) zu richten, mit der er in unmittelbarem Vertragsverhältnis steht (so auch Schultz-Opitz, Gutachten, Bank-Archiv, Sonderabdruck S. 10).

Der gem. § 846 ZPO. gepfändete Sammeldepotanteil wird in der Weise verwertet, daß auf Anordnung des Gerichts die Herausgabe einer Anzahl Wertpapiere, wie sie dem gepfändeten Anteil entspricht, an einen vom Gläubiger zu beauftragenden

[1]) Ascher (a.a.O. S. 24) vergleicht die Stellung der Effektengirobank mit der des Testamentsvollstreckers und der Hinterlegungsstelle, die insofern Drittschuldner sind, als gegen sie das Zahlungsverbot zu ergehen hat.

Gerichtsvollzieher zu geschehen hat (§ 847 ZPO.) Da diese Wertpapiere einen Börsenpreis haben, können sie vom Gerichtsvollzieher aus freier Hand verkauft werden (§§ 847, II, 821 ZPO.) Beachtlich ist auch der von Metze (a.a.O. Bd. 90, S. 427) gebrachte Hinweis auf die Tatsache, daß eine auf Grund §§ 846, 847 ZPO. erfolgte Pfändung von einer Anteilspfändung nach § 857 ZPO., die in der Zeit zwischen Zustellung des Pfändungsbeschlusses (§ 829 ZPO.) und der Herausgabe der Effekten an den Gerichtsvollzieher (§ 847, I ZPO.) bewirkt wird, rangmäßig überholt werden kann.

Gegen die Pfändung des einer Bank oder einem Bankier zustehenden Sammeldepotanteils oder depotrechtlichen Herausgabeanspruchs gegen die Effektengirobank, die in Wirklichkeit fremde Kundenrechte sind, haben die mittelbaren Hinterleger kraft ihres Eigentumsrechtes am Sammeldepot ein Interventionsrecht gemäß § 771 ZPO., das jeder Kunde für sich allein oder für alle an dem betreffenden Sammeldepot beteiligten Gemeinschafter gem. § 1011 BGB. geltend machen kann. Dieses Widerspruchsrecht kann nicht nur von der Bank als Vertreterin ausgeübt werden, es muß sogar von der durch Vertrag zur Wahrung der Interessen ihrer Hinterleger verpflichteten Bank geltend gemacht werden, wenn sie sich nicht einer zivilrechtlichen, vielleicht auch einer strafrechtlichen Verantwortung schuldig machen will. Rießer (a.a.O. S. 134, Fußnote 2) erblickt allerdings in der Duldung der Zwangsvollstreckung in kundeneigenes Sammeldepotgut, die zur Befriedigung einer vom Verwahrer eingegangenen Verbindlichkeit führen soll, noch nicht eine rechtswidrige Verfügung über das Depot im strafrechtlichen Sinne des § 9 Dep. Ges.

III. Aktionärsrechte des Sammeldepotaktionärs.

Durch die Einrichtung des Sammeldepots sind Schwierigkeiten aufgetaucht bei der Frage, wie sich nunmehr einzelne Aktionärsrechte gestalten, nachdem sich mit Umwandlung des Sonderdepots in ein Sammeldepot das Alleineigentum des Aktieninhabers in Miteigentum aller an der Sammelverwahrung beteiligten Effektengirokunden verwandelt hat. Vorweg muß festgestellt werden, daß das Miteigentum am Sammeldepot als Miteigentum an jeder einzelnen in Sammelverwahrung befindlichen Aktie zu betrachten ist; die Aktienpakete werden durch Einlieferung in das Sammeldepot nicht zu Sacheinheiten, es bleiben vielmehr die einzelnen Aktien auch weiterhin gesonderte Sachen. Die Sammeldepotkunden, deren Miteigentumsrechte sich auf

jede einzelne Aktie erstrecken, sind Mitberechtigte im Sinne des § 225, Abs. 1 HGB., die die Rechte aus der Aktie nur durch einen gemeinschaftlichen Vertreter ausüben können.[1])

Sinn und Technik der Sammelverwahrung machen jedoch die Verfolgung dieser Gesetzesvorschrift unmöglich; es ist praktisch undenkbar und unausführbar, für die unbestimmt große Zahl von Miteigentumsberechtigten, die sich gegenseitig auch nicht kennen, zum Zwecke der Ausübung des Stimmrechts einen gemeinschaftlichen Vertreter aufzustellen. Im Anschluß an diese Erkenntnis hat sich in der Literatur ein lebhafter Streit um die Frage ergeben, welche rechtliche Konstruktion gefunden werden muß, damit dem Sammeldepotteilnehmer das Stimmrecht des § 252 HGB. unter Umgehung der Bestimmung des § 225, Abs. 1 HBB. in vollem Umfange erhalten bliebe. „Das Stimmrecht ist das Recht des Mitgliedes, in den Angelegenheiten der Gesellschaft nach Maßgabe seines Einflusses entscheidend mitzusprechen." (Brodmann, a.a.O. S. 311, Anm. 1 a zu § 252 HGB.) Das Stimmrecht, das jede Aktie gewährt, (§ 252 Abs. 1, Satz 1 HGB.) setzt die Aktionärseigenschaft voraus; zum mindesten muß diese der Gesellschaft gegenüber als vorhanden anzusehen sein. Die Sammeldepotteilnehmer können aber, wenn sie persönlich in der Generalversammlung das Stimmrecht ausüben wollen, ihre Aktionärseigenschaft der Gesellschaft gegenüber nicht beweisen, solange ihre Aktien in den Tresors der Effektengirobank in gemeinschaftlicher Verwahrung ruhen.

Sie müßten sich erst durch Austritt aus der Sammeldepotgemeinschaft und Aussonderung ihrer Aktien aus dem Sammeldepot deren Alleineigentum erwerben; damit wäre der angestrebte wirtschaftliche Erfolg der Sammeldepoteinrichtung im wesentlichen in Frage gestellt. Um die banktechnischen Vorteile der Sammelverwahrung zu erhalten, hat Opitz (Bank-Archiv XXV. Jg. Nr. 6) den Weg der Umwandlung von Miteigentum in Sondereigentum durch sogenannte „interne Aufteilung" des Sammeldepots gezeigt. Dieser Vorgang vollzieht sich in der

[1]) Horrwitz: „Recht der Generalversammlungen der Aktiengesellschaften usw." S. 133 argumentiert aus § 744, Abs. 1 BGB., daß die in der Sammeldepotgemeinschaft zusammengeschlossenen Miteigentümer der Aktien nur gemeinschaftlich das Stimmrecht der sammelverwahrten Aktien ausüben könnten. Dieser Meinung haben sich Ascher (a.a.O. S. 49), Opitz (Bank-Archiv XXV. Jg. Nr. 6) und Eichholz (Bank-Archiv 1926, S. 1512 ff.) angeschlossen. Es darf indessen der von Gieseke (a.a.O. S. 10) gebrachte Einwand nicht übersehen werden, wonach dem § 744 Abs. 1 BGB. die Bestimmung des § 225, Abs. 1 HGB. als Sondervorschrift gegenübersteht, die sich auf jeden Fall der Mitberechtigung mehrerer bezieht. Ein solcher Fall ist hier bei der Sammelverwahrung gegeben, sodaß, die praktische Durchführbarkeit vorausgesetzt, allein schon ein gemeinschaftlich aufgestellter Vertreter für sämtliche mitberechtigte Sammeldepotkunden in der Generalversammlung stimmen könnte.

Weise, daß den Hinterlegern, die sich der Aktiengesellschaft gegenüber als stimmberechtigte Aktionäre ausweisen wollen, die Nummern bestimmter in Sammelverwahrung befindlicher Aktien — das von der Effektengirobank geführte Generalnummernverzeichnis ermöglicht diese Aussonderung — auf Sonderdepot zuteilt und für die Zeit der Generalversammlung sperrt. Mit diesem nach außen nicht hervortretenden rein buchmäßigen Verfahren werde der verfolgte Zweck, die sammelverwahrten Aktien rechtswirksam zur Vertretung in der Generalversammlung zu bringen, in vollem Umfange erreicht.[1]) Es ist wohl zuzugeben, daß durch diese „interne Aufteilung" eine wirksame Uebereignung und Umwandlung von Miteigentum in Alleineigentum erfolgt, da mit der Nummernbezeichnung eine hinreichende Bestimmung der zu übereignenden Sache (Wertpapiere) geschehen ist. Gleichwohl vermag die auf den ersten Blick einleuchtende Einfachheit dieses Verfahrens, die den beteiligten Hinterlegern erhebliche Kosten und Mühen erspart, nicht den Eindruck zu verdrängen, daß diese Konstruktion „an einer gewissen juristischen Verschwommenheit leidet" (Rießer, a.a.O. S. 128), die sich bei näherer Untersuchung in nicht zu unterschätzenden Mängeln der rechtlichen Folgen offenbart.[2]) Als notwendige Voraussetzung für die Durchführung von Opitz' Konstruktion ergibt sich das Erfordernis, daß die sammeldepothaltende Bank „entweder nach den Satzungen der Gesellschaft als Hinterlegungsstelle bezeichnet ist, oder daß sie abredegemäß als solche in den Bekanntmachungen für die Gesellschaftsversammlungen bekanntgegeben wird." (Opitz, Bank-Archiv, XXV. Jg. Nr. 6). Wohl ist es Tatsache, daß von den gegenwärtig bestehenden Effektengirobanken nur Aktien jener Gesellschaften in Sammelverwahrung genommen werden, die sich bereit erklärt haben, die vorerwähnten Erfordernisse zu erfüllen. Solange sich aber nicht sämtliche Aktiengesellschaften freiwillig dieser Notwendigkeit unterworfen haben, mangelt es der Sammeldepotbewegung an der breiten Basis, auf der sich erst ihre Vorzüge entfalten können. Metze (a.a.O. Bd. 91 S. 41), ein Anhänger von Opitz' Konstruktion, weist selbst auf die Schwierigkeiten hin, die im Falle eines zufälligen Verlustes der zu Zwecken einer Generalversammlung nummernmäßig gesperrten Effekten entstehen können. Nicht minder gewichtig sind die Bedenken, die Gieseke (a.a.O. S. 9 ff.) zur Ablehnung von Opitz' Ansicht führten. Er erblickt in den durch die interne Aufteilung ge-

[1]) Der Konstruktion von Opitz schließt sich ein großer Teil der Schriftsteller an, wie Metze a.a.O. Bd. 91 S. 41, Ascher a.a.O. S. 47, Boehme (Bank-Archiv XXV. Jg. Nr. 9) usw.; ferner Staub-Koenige, HGB., Anh. zu § 424, Anm. 59 b.

[2]) s. auch Arnold, a.a.O. S. 23; Schuhmann a.a.O. S. 60, 61; Herzfeld, Bank-Archiv 1926, Nr. 8 vom 15. 1. 26; Eichholz, J. W. 1926, S. 1512 ff.

schaffenen Rechtsverhältnissen einen vertragslosen Zustand, da mit Umwandlung des Sammeldepots in verschiedene Sonderdepots die Girobank Verwahrerin der Kunden ihrer Giromitglieder wird, mit denen sie bisher direkte Vertragsbeziehungen nicht pflog; lediglich auf dem Umweg über die der Girobank angeschlossenen Mitglieder wickelt sich der Geschäftsverkehr ab. Die gleichen hemmenden Erscheinungen treten bei der nach stattgefundener Generalversammlung notwendig werdenden Zurückverwandlung von Alleineigentum in Miteigentum auf. Die von Opitz unter Hinweis auf § 2, II, Dep. Ges. nicht für notwendig erachtete Trennung der neugeschaffenen Sonderdepots vom Sammeldepot, wird von Gieseke (a.a.O. S. 10) und Metze (a a.O. Bd. 91, S. 43) gleichzeitig für unannehmbar erklärt mit der Begründung, daß die Ermächtigung zur Rückgewähr gleichartiger Wertpapiere anstelle der hinterlegten doch nur auf dem zwischen der Girobank und ihren unmittelbaren Giromitgliedern geschlossenen Vertrag beruhe, während eine dahingehende Vereinbarung mit dem Kunden der Giromitglieder nicht getroffen wurde; diese müsse entsprechend der Bestimmung des § 2, Abs. 1 Dep. Ges., da die Kunden nicht gewerbsmäßig Bank- oder Geldwechslergeschäfte betreiben, für die einzelnen Geschäfte ausdrücklich und einzeln abgegeben werden. Die früher seitens der Kunden erteilte Ermächtigung war inhaltlich verschieden und bezüglich anderer Effekten abgegeben. Diese Betrachtung erübrigt sich ohnedies, wenn der Umstand genügend beachtet wird, daß das aus dem Sammeldepot umgewandelte Sonderdepot die Girobank ohne weiteres zur Rückgewähr bestimmter Wertpapiere verpflichtet. Dieses übersieht auch Ascher (a.a.O. S. 52), wenn er den Eigentümer der intern aufgeteilten Stücke dennoch an der gemeinsamen quotenmäßigen Umlegung des durch irgendwelche Verluste entstandenen Schadens im Sammeldepot teilnehmen läßt. Daß sich nicht zugleich eine materiellrechtliche Aenderung ergibt, wenn ein Gemeinschafter aus der Gemeinschaft „formell ausgeschieden" ist, ist wenig einleuchtend. Die außerordentlichen Gefahren, die der „internen Aufteilung" anhaften, zeigen sich insbesondere in dem Augenblick, da der unmittelbare Hinterleger (Girobankmitglied) in Konkurs verfällt, nachdem er kurz zuvor widerrechtlich über Kundeneigentum verfügt, seinen Nostroanteil jedoch durch „nummernmäßige Sperrbuchung" ins Sonderdepot gerettet und dadurch dem Aussonderungsanspruch seines Kunden entzogen hat (Beispiel siehe bei Ascher: a.a.O., S. 51). In dieser Wirrnis glaubt Metze in dem von ihm so bezeichneten „Girosonderdepot", einer zwischen Sammeldepot und Sonderdepot liegenden neuen Depotart, eine mit der nötigen Rechtssicherheit ausgestattete Institution in Vorschlag bringen zu müssen. Die hier-

mit angeblich geschaffenen Vorteile gehen aber eingestandenermaßen wieder mit der Auflösung des Girosonderdepots und Zurückbringung der Aktien ins Sammeldepot nach der Generalversammlung verloren, da hiezu jedesmal Erklärungen gemäß § 2 Dep. Ges. seitens des Hinterlegers erforderlich sind.

Das verfolgte Ziel wird von Gieseke auf einem anderen Wege erreicht, der gangbarer erscheint. Der Sammeldepotkunde kann seine Aktionärseigenschaft zur Ausübung des Stimmrechts in Generalversammlungen mit Hilfe der Legitimationsübertragung erlangen, ohne daß sich Aenderungen in den materiellen Rechtsverhältnissen des Sammeldepots als unumgänglich erwiesen. Die Effektengirobank ist Sammelverwahrerin der den Sammeldepotteilnehmern miteigentümlich gehörigen Wertpapiere und in dieser Eigenschaft zugleich Vertreterin aller Sammeldepotkunden. Sie ist ermächtigt, jedem Miteigentümer durch Aussonderung Alleineigentum an so vielen Aktien zu verschaffen, als ihm bei Umwandlung seines Eigentums an der im Sammeldepot vereinigten Gesamtmenge zustehen würde. Aus diesem umfassenderen Rechte darf sie aber als Vertreterin aller beteiligten Sammeldepotkunden das weniger weitgehende Recht ableiten, jeden an einer Generalversammlung teilnehmen wollenden Miteigentümer zu ermächtigen, das Stimmrecht an sovielen Aktien auszuüben, wie ihm bei Umrechnung seines Sammeldepotanteils zukommen würde. Der Meinung Giesekes hat sich auch Riesser (a.a.O. S. 128, 129) unumwunden angeschlossen. Diese Konstruktion hat vor der Opitz'schen voraus, daß an den so zur Stimmrechtsausübung befähigten Aktien das Miteigentum weiterhin fortbesteht, obwohl die Aktien, wie Gieseke meint, von der Effektengirobank als Sonderdepot für den betreffenden Sammeldepotkunden zu behandeln sind. Das Charakteristische an der Legitimationsübertragung besteht darin, daß der Erwerber der Legitimation die Rechte aus der Aktie, insbesondere das Stimmrecht, im eigenen Namen ausübt, ohne daß dabei das Eigentum an der Aktie auf diesen übertragen wird (Staub-Koenige, § 223 HGB., Anm. 17,3). Es wird die Rechtsausübung, die Berechtigung, das fremde Recht auszuüben, zediert, nicht aber das Recht an der Aktie und aus der Aktie selbst (siehe Brodmann, a.a.O. S. 315). Brodmann nennt die viel umstrittene Legitimationsübertragung „eine Abspaltung vom Recht, die Einräumung der Rechtsposition, Eigenträger des fremden Rechts zu sein" (a.a.O. S. 314; siehe auch ebenda, S. 193, Anm. 2 c zu § 223 HGB). Der Rechtsgrund der Legitimationsübertragung ist in § 185, Abs. 1 BGB. fundiert (Gieseke, a.a.O. S. 10). Um gegenüber der Aktiengesellschaft den Ausweis zu seiner Berechtigung zu erbringen, ohne den ihm mangelnden Besitz der Aktie vorzeigen zu müssen, hat sich der Legitimationsaktionär

von der Effektengirobank als Hinterlegungsstelle eine Bescheinigung ausstellen zu lassen des Inhalts, daß von ihm oder für ihn Aktien hinterlegt sind. Neben der Ermächtigung zur Rechtsausübung ist also eine Hinterlegungsbescheinigung der Effektengirobank erforderlich.

Sind an dem Miteigentumsanteil eines Sammeldepotteilhabers Dritten Rechte eingeräumt, so tritt eine wesentliche Aenderung in den Berechtigungen des Eigentümers, insbesondere für das Stimmrechtverhältnis nicht ein. Verpfändung des Sammeldepotanteils bewirkt nicht Verlust des Stimmrechts oder gar des Aktienrechts des Aktionärs. Das Stimmrecht des Aktionärs besteht weiter, kann aber von diesem nicht ausgeübt werden, während es der Pfandgläubiger könnte, aber nicht darf (Staub-Koenige, § 252 HGB., Anm. 5 und die dort zitierte Literatur; Brodmann, a.a.O. S. 312, Anm. 1 f zu § 252 HGB.; s. Arnold, a.a.O. S. 24). Praktisch wird die Frage, wenn der Pfandgläubiger die Herausgabe der Aktie verweigert. Um dem durch Verpfändung seiner Aktie in der Ausübung des Stimmrechts behinderten Aktionär die ihm zweifelsohne zustehende Stimmberechtigung zu verschaffen, wird von der einen Seite Klageerhebung und eventuell Anordnung einer einstweiligen Verfügung mit darauffolgender Hinterlegung der Aktie an den zuständigen Stellen vorgeschlagen (Staub-Koenige, Anm. 5 zu § 252 HGB.). Ein anderer Weg wäre die Einräumung des gebundenen Mitbesitzes gemäß § 1206 BGB. in irgendeiner Form (Brodmann, a.a.O. S. 312). Ist aber der Aktionär und Pfandschuldner mit der Teilnahme des Pfandgläubigers an Generalversammlung und Abstimmung einverstanden, so kann der Gläubiger rechtswirksam das Stimmrecht aus eigenem Recht, und nicht etwa als Vertreter des Verpfänders ausüben. Erforderlich ist lediglich die Vollmacht seitens des Aktionärs in schriftlicher Form (§ 252, Abs. 2 HGB.). Der Verwahrungsvertrag räumt dem Verwahrer bedeutende sich aus dem Vertrage ergebende Rechte ein, ergreift jedoch nicht ohne weiteres das Stimmrecht der verwahrten Aktien. Die Verwahrer, Banken und Bankiers, treffen meist bei Abschluß des Verwahrungsvertrages dahingehende Vereinbarungen in Form von besonderen Ermächtigungen oder allgemeinen Erklärungen. In der Praxis sind bereits in den sämtlichen Depotkunden zur Unterschrift vorgelegten allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in allgemeinen Erklärungen neben diesen Geschäftsbedingungen derartige Ermächtigungen enthalten. Vielfach wird an die Depotkundschaft für jede einzelne Generalversammlung das Ersuchen um Ermächtigung zur Stimmrechtsabgabe gerichtet, die mit Abgabe einer schriftlichen Vollmacht formgerecht erteilt ist. Alle diese Formen der Ermächtigung werden von der herrschenden

Lehre für zulässig und ausreichend erachtet (Staub-Koenige, Anm. 8 zu § 252 HGB.); denn auch eine einmalig abgegebene allgemeine Ermächtigung ist nicht als eine Verfügung im Sinne des § 2 des Bankdepotgesetzes zu betrachten, die besonderer Form bedarf (s. Hartmann, Bank-Archiv XXV. Jg. Nr. 24, S. 486 ff.: „Das Stimmrecht der Depotaktie").

Durch die Legitimationsübertragung erlangt der Legitimationserwerber die Befugnis, die Rechte des Aktionärs auszuüben; er übt in der Generalversammlung das Stimmrecht nur in eigenem Namen aus; in Wirklichkeit ist es das Stimmrecht des Aktieninhabers, der es durch Legitimation übertragen hat. Es ist nur eine natürliche Folge dieser Tatsache, daß die Rechte des Legitimationserwerbers nicht weiter greifen als die des Legitimationsübertragers (Staub-Koenige, Anm. 18 zu § 223 HGB.). Alle gesetzlichen Beschränkungen, die der tatsächliche Aktionär gegen sich gelten lassen muß, treffen notwendigerweise auch den Legitimationsaktionär. Von einschneidender Bedeutung ist hier die zwingende Vorschrift des § 252, Abs. 3 HGB., die aber auch zugleich erschöpfend die Fälle der Stimmenthaltung umgrenzt. Das Stimmrecht ist dem, der durch die Beschlußfassung entlastet oder von einer Verpflichtung befreit werden soll, versagt; von einer Beschlußfassung, welche die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit einem Aktionär oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und der Gesellschaft betrifft, ist er ausgeschlossen. Hier ist dem zur Abstimmung Bevollmächtigten, ebenso ausdrücklich das Stimmrecht wie dem Aktieninhaber selbst versagt. Ferner kann der wahre Aktionär, dessen Stimmrecht für jene Aktien verloren geht, die den zur Abstimmung satzungsmäßig zugelassenen Höchstbetrag überschreiten, die Ausübung des Stimmrechts dieser Aktien einem Legitimationsaktionär nicht übertragen. Eine Umgehung des Stimmverbotes oder einer Stimmrechtsbeschränkung würde die Anfechtbarkeit eines auf diese Weise gesetzwidrig herbeigeführten Beschlusses bewirken. Wenn Legitimationsübertrager und Legitimationserwerber gemeinsam und wissentlich die Legitimationsübertragung zum Zwecke der Umgehung des Stimmverbotes verabreden, so ist Nichtigkeit des Geschäftes wegen Unsittlichkeit (§ 138,I BGB.) anzunehmen (siehe ausführlich bei Staub-Koenige, Anm. 19 zu § 223 HGB.). Eine Legitimationsübertragung, die unter diesen Voraussetzungen zum Zwecke der Abstimmung bei mehreren Beschlüssen derselben Generalversammlung erteilt wurde, von denen auch nur für einen einzigen Beschluß Stimmrechtsbeschränkungen gelten, ist im Zweifel für alle Abstimmungen unwirksam gemäß § 139 BGB. (siehe Gieseke, a.a.O. S. 9 ff.) Diese der Legitimationsübertragung anhaftenden Beschränkungen gaben Anlaß, ihre Anwendung bei

den Fragen des wirksamen Aktionärsschutzes der an der Sammelverwahrung beteiligten Aktieninhaber für weniger geeignet zu halten (siehe Metze, a.a.O. Bd. 91, S. 41; Ascher, a.a.O. S. 47, Fußnote 2). Es erscheint aber nicht mehr und nicht weniger als billig, daß der Legitimationsaktionär nicht größere Rechte habe als der wahre Aktionär; es soll auch nicht der Vermutung Vorschub geleistet werden, als sei durch die Einrichtung der Sammeldepots die Möglichkeit gegeben, unter Umgehung gesetzlicher Bestimmungen in den Genuß von Vorteilen irgendwelcher Art zu gelangen. Schließlich würde eine in dieser Absicht vollzogene Stimmrechtsausübung das Verbot des § 226 BGB. und die Schadenshaftung aus § 826 BGB. gegen sich haben. [1])

Einige aktienrechtliche Bestimmungen des Handelsgesetzbuches fordern für die Ausübung von Aktionärsrechten den Nachweis des Altbesitzes. „Ist nämlich in der Generalversammlung ein Antrag auf Bestellung von Revisoren zur Prüfung eines Vorganges bei der Gründung oder eines nicht länger als zwei Jahre zurückliegenden Vorganges bei der Geschäftsführung abgelehnt worden, so können auf Antrag von Aktionären, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen, Revisoren durch das Gericht ernannt werden (§ 266, Abs. 2 HGB.). Die Antragsteller haben die Aktien bis zur Entscheidung über den Antrag zu hinterlegen und glaubhaft zu machen, daß sie seit mindestens sechs Monaten, von der Generalversammlung zurückgerechnet, Besitzer der Aktien sind (§ 266, Abs. 3 HGB.). Ferner hat bei der Geltendmachung eines Anspruches auf Verlangen einer Minderheit diese eine den zehnten Teil des Grundkapitals der Gesellschaft erreichende Anzahl von Aktien für die Dauer des Rechtsstreites zu hinterlegen; es ist glaubhaft zu machen, daß sich die Aktien seit mindestens sechs Monaten, von der Generalversammlung zurückgerechnet, im Besitze der die Minderheit bildenden Aktionäre befinden“

[1]) Es wurden noch andere Versuche unternommen, die die Wahrung des Stimmrechts bei Sammeldeponierung von Aktien dartun sollen. Breit (Bank-Archiv XXV. Jg., Nr. 22 vom 15. August 1926) hält schon den Miteigentümer zur Abstimmung legitimiert, der hinterlegt hat. Die als Hinterlegungsstelle anerkannte Effektengirobank brauche lediglich die Bescheinigung auszustellen, daß für ihn eine bestimmte Anzahl Aktien hinterlegt ist, um die erforderliche Legitimation für die Abstimmung in der Generalversammlung zu schaffen. Der Aktionär habe ein Recht auf die bloße Bestätigung der Deponierung der betreffenden Anzahl von Aktien, das er auf sein stärkeres Recht auf Herausgabe der eingelieferten Stücke stützen kann. Arnold's Vorschlag (a.a.O. S. 24) begnügt sich mit einer von der Girobank ausgestellten Stimmkarte, welche entsprechend dem einen bestimmten Nennwert enthaltenden Anteil des Sammeldepotkunden am Sammeldepot auf eine bestimmte Stimmenzahl lautet; es wird jedoch von Arnold selbst zugegeben, daß diese Ansicht mit der zwingenden Vorschrift des § 252 HGB. kollidiert (siehe ebenda, Fußnote 88).

(§ 269, Abs. 1,2 HGB.) Als Nachweis des sechsmonatlichen Dauereigenbesitzes, der vom Zeitpunkt der Generalversammlung zurückzurechnen ist, wurde im Schrifttum allgemein der nummermäßige Identitätsnachweis gefordert (Staub, Komm. z. HGB., 10. Aufl., Anm. 3 zu § 269; Goldmann, Komm. z. HGB. Nr. 16 zu § 266; Lehmann-Ring, Anm. Nr. 6 zu § 266 HGB.) Diesen Nachweis zu erbringen, ist infolge der besonderen Struktur der Sammelverwahrung unmöglich. Es wären demnach, wollte man unter Ignorierung der vom Gesetzgeber bei Gesetzesabfassung verfolgten Ansicht an dem buchstäblichen Gehalt der Bestimmungen festhalten, die in diesen Bestimmungen enthaltenen Ansprüche für den Sammeldepotaktionär nicht durchsetzbar. Ascher (a.a.O. S. 48, Fußnote 2) verweist hiebei mit Recht auf eine Entscheidung des Reichsgerichts in J. W. Nr. 5, 55. Jg., die eine sich auf solche und ähnliche Formmängel stützende Gegenklage für sittenwidrig erklärt. Opitz hat in seiner Abhandlung: „Das Sammeldepot und die Aktionärsrechte" (Bank-Archiv XXV. Jg. Nr. 6) mit besonderem Geschick den Nachweis geführt, daß dem Sinn und Zweck des Gesetzes eher gedient ist, wenn der Nachweis der sechsmonatlichen Aktionärschaft statt des bei wörtlicher Auslegung des Gesetzes geforderten Nachweises des sechsmonatlichen Alleinbesitzes der Aktienurkunde für die Geltendmachung jener in den §§ 266, 269 HGB. enthaltenen Aktionärsrechte für ausreichend erachtet wird. Die überzeugende Beweisführung stützte Opitz auf die geschichtlichen und sprachtechnischen Grundlagen, auf denen die genannten Gesetzesvorschriften aufgebaut sind. Insbesondere ist aus der Entstehungsgeschichte der Novelle vom 18. Juli 1884 zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch die Erkenntnis zu gewinnen, „daß das der qualifizierten Minorität gegebene Individualrecht eben nicht zu Spekulationszwecken ausgenützt werden sollte, daß vielmehr das Recht nur solchen Aktionären zugebilligt werden sollte, die wenigstens schon eine gewisse Zeit Aktionäre waren, d. h. an der Aktiengesellschaft mit einem bestimmten Teil des Grundkapitals beteiligt waren" (Opitz, Bank-Archiv XXV. Jg. Nr. 6). Die von anderer Seite dem Gesetzgeber untergeschobene Absicht, daß die Bestimmungen der §§ 266, 269 HGB. den Schutz einer Aktionärminderheit gegen den Machtmißbrauch einer Aktionärmehrheit bezwecken sollen, „würde schwer beeinträchtigt werden, wenn weiten Kreisen wirklicher Daueraktionäre dieser Schutz lediglich mit Rücksicht auf die Form, in welcher sie ihren Besitz ausgeübt haben, versagt bleiben sollte" (Riesser, a.a.O. S. 129). Es ist sonach ohne Bedenken anzunehmen, daß der rein buchmäßige Nachweis genügt, daß der Erwerb von Aktien vor mehr als sechs Monaten erfolgt sei und daß im Augenblick der Glaubhaftmachung der Besitz einer

gleichen Anzahl Aktien noch vorhanden ist (Staub-Koenige, Anm. 13 zu § 266 HGB.; ferner: Anm. 59 b im Anhang zu § 424 HGB.; Bondi, DJZ., 1926, S. 1027; Breit, Bank-Archiv, Jg. 1925, S. 426; ebenso Brodmann, a.a.O. S. 392, Anm. 3 d zu § 266 HGB.; Ascher, a.a.O. S 49; Riesser a.a.O. S. 129). Die Glaubhaftmachung der ununterbrochenen Aktionärseigenschaft ist mit Hilfe der Girobank aus deren Buchungen naturgemäß leicht vorzunehmen. Das Gesetz fordert lediglich, daß die Dauer der Besitzzeit glaubhaft gemacht wird mit den Beweismitteln des § 294 ZPO.; sie muß nicht bewiesen werden. Ist der frühere rechtzeitige Erwerb und gegenwärtige Besitz der Aktien, an deren Stelle in der Sammelverwahrung der Sammeldepotanteil tritt, glaubhaft gemacht, so spricht die Vermutung dafür, daß das Besitzverhältnis in der Zwischenzeit nicht unterbrochen wurde, es sei denn, daß dagegenstehende Anhaltspunkte vorliegen (Brodmann, a.a.O. S. 392, Anm. 3 d zu § 266 HGB.) Der Nachweis kürzerer Besitzdauer ist insoweit zuläßig, als auch das Bestehen der Aktiengesellschaft datiert (Staub-Koenige, Anm. 13 zu § 266 HGB.) Dagegen herrscht nicht Einmütigkeit über Staub-Koenige's Meinung (siehe ebenda), daß „der Eigentümer von im Wege der Kapitalserhöhung ausgegebenen" — und im Sammeldepot verwahrten — „Aktien vor Ablauf von sechs Monaten seit dem Erwerb" die Anträge des § 266 HGB. nicht stellen kann.

Der Gesetzestext des § 271 HGB. läßt nicht eindeutig erkennen, daß zur Durchführung der Anfechtungsklage ebenfalls der Nachweis des Dauerbesitzes zu erbringen ist. Dagegen hat das Reichsgericht (Bd. 66, S. 135) dieses Erfordernis prinzipiell festgestellt mit der Erklärung: „Für die Aktiengesellschaft allerdings besteht der Grundsatz, daß die Legitimation des Aktionärs für die Anfechtungsklage des § 271 HGB. durch den fortdauernden Besitz wenigstens einer Aktie bedingt ist, auf Grund deren er dem angefochtenen Beschlusse der Generalversammlung widersprochen hat." Der Nachweis ist in derselben Weise zu erbringen wie bei der Verfolgung der Aktionärsrechte der §§ 266, 269 HGB. Für die Anfechtung aus § 271, Abs. 2, Satz 2 HGB. ist der Dauerbesitz des entsprechenden Kapitalanteils glaubhaft zu machen. Der Streit um die Frage, bis zu welchem Zeitpunkte der Dauerbesitz weiter bestehen müsse, — bis zur Erhebung der Klage (so Horrwitz, a.a.O., S. 106) oder bis zur Beendigung des Prozesses (so Staub-Koenige, Anm. 13 zu § 271 HGB., ebenso Anm. 11 zu § 266 HGB.; Brodmann, a.a.O. S. 407, Anm. 2 h zu § 271 HGB.) — hat auf die formelle Führung des Nachweises mittels eines Hinterlegungsscheines der Girobank, durch den die Aktien bis zum entscheidenen Augenblick gesperrt bleiben, keinen Einfluß (Ascher, a.a.O., S. 51;

Opitz, Bank-Archiv XXV. Jg. Nr. 6). Für die in den §§ 266, 269 HGB. ausgesprochene gerichtliche Hinterlegung macht Opitz (Bank-Archiv XXV. Jg. Nr. 6) den Behörden, die als Hinterlegungsstellen in Betracht kommen, den neuartigen Vorschlag, sich nach vorhergehender gesetzlicher Aenderung der Ausführungsbestimmungen zur Hinterlegungsordnung der Vorteile des erweiterten Effektengiroverkehrs zu bedienen.

IV. Konkurs des Sammeldepotverwahrers.

Im Konkurs eines Bankiers oder einer Bank hat ein am Sammeldepot einer sammeldepothaltenden Bank beteiligter Kunde bezüglich seines Anteils am Sammeldepot ein Aussonderungsrecht gemäß §§ 43, 46 KO. Mit Eröffnung des Konkurses erlischt das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Bankiers über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen (§ 6,I KO). Zu diesem Massevermögen gehört auch das Sammeldepotkonto, das der Bankier oder die Bank führt, sei es nun das Zwischensammeldepotkonto des Lokalbankiers beim Zentralbankier oder das unmittelbare Sammeldepot des Zentralbankiers bei einer Effektengirobank. Wenn auch diese Sammeldepotkontos nur aussonderungsberechtigte Kundenanteile enthalten, sind sie zweifelsohne als zur Masse gehörig zu bezeichnen, über die lediglich der Konkursverwalter gemäß § 6,II KO. verfügungsberechtigt ist. Dem Verwalter ist von vorneherein nicht ohne weiteres erkennbar, daß im Sammeldepotokonto des Gemeinschuldners sich keine Nostroguthaben befinden; der Konkursverwalter ist berechtigt, aber auch verpflichtet, jede Sache in Besitz zu nehmen, über deren Massezugehörigkeit Zweifel bestehen. Er wird also den Anspruch auf Aussonderung des gesamten Inhalts des vom Gemeinschuldner geführten Sammeldepots bei der sammeldepothaltenden Bank geltend machen und dann erst eine Scheidung zwischen den Nostrobeständen und den aussonderungsberechtigten Beständen der Kunden des Gemeinschuldners vornehmen (s. auch Kiwe, a.a.O., S. 59). Zu den Nostrobeständen gehören die eigenen Bestände des Gemeinschuldners und diejenigen der Kunden, die durch Abschluß eines irregulären Sammelverwahrungsvertrages das Eigentum an ihren Beständen an den Bankier verloren haben. Verfügungsberechtigt ist der Verwalter aber nur über den massezugehörigen Anteil des Gemeinschuldners. Jedoch bleibt er verpflichtet, die den Kunden zustehenden Rechte weiterhin wahrzunehmen (s. Düringer-Hachenburg, Bd. 3, Anhang z. 5. Absch., Anm. 14 b; Schultz-Opitz, J. W. 1926, S. 476); dazu gehört die Aussonderung und Zuführung der den Depotinhabern anteilsmäßig zu-

stehenden Wertpapiere (§§ 43, 16 KO., § 419, II HGB. § 1008 BGB). Diese Pflichten ergeben sich aus den zwischen dem Bankier und den einzelnen Depotkunden abgeschlossenen Verwahrungs- und Verwaltungsverträgen. Der Konkursverwalter muß den Anteil der Kunden nach Möglichkeit in natura, im übrigen nach der Wertung der Spitzen in Geld ausfolgen (§ 46 KO.; Schultz-Opitz, Gutachten, Bank-Archiv, Sonderabdruck S. 3). Für die Behauptung der Massezugehörigkeit hat der Konkursverwalter und für ihre Aussonderungsansprüche haben die Depotkunden den Beweis zu erbringen. Die Beweispflicht für den Umfang der Nostrobeteiligung gegenüber der sammeldepothaltenden Bank kann der Konkursverwalter aus den nachweislich ordnungsgemäß geführten Büchern des gemeinschuldnerischen Bankiers erbringen. Bestehen Zweifel an der ordnungsmäßigen Buchführung durch den Bankier, so spricht die Vermutung dafür, daß das Giroguthaben Kundeneigentum ist (Riesser a.a.O., S. 120). Die Depotkunden können ihre Aussonderungsrechte ebenfalls aus den Büchern des Bankiers und aus ihren eigenen Büchern führen. Zu diesem Beweis sind sie insbesondere dann verpflichtet und gezwungen, wenn sie ihr Miteigentum gemäß §§ 985, 986, I BGB., § 419, II HGB. unmittelbar gegenüber der sammeldepothaltenden Bank geltend machen wollen.

Wenn auch das Aussonderungsrecht des Depotkunden beim Sammeldepot kein so unmittelbares Objekt wie beim Sonderdepot hat, so ist Schumann (a.a.O., S. 61) nicht beizupflichten, wenn er in der „Uebereinanderstaffelung verschiedener Bankstellen" eine Verzögerung der Aussonderung befürchtet. Diese Befürchtung entspringt seiner irrigen Ansicht, daß der Sammeldepotkunde des Gemeinschuldners sein Miteigentum nicht unmittelbar gegenüber der Effektengirobank geltend machen könne, sondern erst dann Aussonderung seines Anteils vom Konkursverwalter verlangen könne, wenn dieser sich das gesamte Sammeldepotguthaben des Gemeinschuldners, eigene und Kundendepots, habe ausliefern lassen. Da erst könne Teilung in natura gemäß § 732 BGB. und § 16 KO. vorgenommen werden. Es ist aber oben bereits dargetan, daß den Sammeldepotkunden die Geltendmachung ihres Miteigentumsanspruches entsprechend §§ 985, 986, I BGB., § 419, II HGB. unmittelbar gegen die Sammeldepotstelle zusteht, sodaß eher eine Beschleunigung als eine Verzögerung in der Aussonderung zu gewärtigen ist.

Nicht der Sammeldepotanteil selbst ist aussonderungsberechtigt, sondern auch der Miteigentumsherausgabeanspruch des Sammeldepotkunden, der sich gegen den mittelbar besitzenden Bankier, der in Konkurs verfallen ist, richtet (arg. §§ 868, 991 BGB). Er ist als aussonderungsberechtigter Anspruch auf Ab-

tretung des Herausgabeanspruchs, der dem mittelbar besitzenden Bankier gegenüber der unmittelbar besitzenden sammeldepothaltenden Bank auf Grund des Verwahrungsvertrages zusteht, gemäß § 43 KO. geltend zu machen (Jäger, § 43 KO., Anm. 20, Anm. 29; Opitz-Schultz, Gutachten, Bank-Archiv, Sonderabdruck S. 3; dort zitierte Literatur: vgl. §§ 985, 868 BGB., § 43 KO.; Komm. d. RGR. Anm. 2 zu § 985, RG. Bd. 105, S. 21; J. W. 1910, S. 111, Spalte 10).

Widerrechtliche Verfügungen des Bankiers über Sammeldepotanteile seiner Kunden, die er vor der Konkurseröffnung getroffen hat, begründen hinsichtlich ihres Schadenersatzanspruhes nur eine nichtbevorrechtigte Konkursforderung (Jäger, a.a.O. § 43, Anm. 61; Staub-Koenige, Anm. 28 a zu § 383 HGB). Hat dagegen der Konkursverwalter das gesamte Sammeldepotguthaben des Gemeinschuldners veräußert, so stehen den Gemeinschaftern des Sammeldepots im Hinblick auf ihre einzelnen Anteile die Rechte aus § 46 KO. zu.

Eine Folge der Konkurseröffnung über das Vermögen des Bankiers ist das Erlöschen des zwischen dem Bankier und der sammeldepothaltenden Bank geschlossenen Girovertrages, sei es nun ein zwischem dem Bankier und dem Zentralbankier geschlossener Zwischensammeldepotvertrag oder ein unmittelbar zwischen Bankier und der Effektengirobank geschlossener Effektengirovertrag. Diese Verträge sind als Dienstverträge aufzufassen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben (§ 675 BGB.; Metze, a.a.O. Bd. 90, S. 407). Nach der Bestimmung des § 23 KO. erlöschen diese Verträge, wenn über das Vermögen des Geschäftsherrn, in diesem Falle des Bankiers, der Konkurs eröffnet ist und die Weisung des Gemeinschuldners sich auf einen zur Masse gehörigen Bestandteil bezieht. Daher erlöschen auch mit Konkurseröffnung die Effektenschecks, die der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung auf die Effektengirobank gezogen hat zufolge § 23 KO. (siehe Riesser a.a.O. S. 138; ausführlich Metze a.a.O. Bd. 90, S. 432 ff).

Unter diesem Gesichtspunkte ist auch die Verfügung des Bankiers, der nach Konkurseröffnung den Kunden zu ihren Effekten verhelfen will, ungültig, obwohl der Gemeinschuldner damit nicht über sein eigenes, seiner Verfügungsmacht entrücktes Vermögen, sondern über fremdes Vermögen verfügt, über das ihm die Verfügungsmacht eingeräumt ist. Ascher (a.a.O. S. 34, 35), der eine solche Verfügung des Bankiers für rechtswirksam hält, argumentiert diese seine irrige Ansicht aus der Fassung des § 6 KO. Gemäß § 23 KO. erlischt jedoch der Effektengirovertrag, durch den der Bankier Geschäftsherr und die sammeldepothaltende Bank Geschäftsbesorgerin wurde. Außerdem

erscheinen die Sammeldepotanteile ja nicht als fremdes Vermögen, da das Sammeldepotkonto, in dem sie vor ihrer Aussonderung enthalten sind, zur Masse gehört, über die lediglich der Konkursverwalter verfügungsberechtigt ist.

Die konkursrechtlichen Bestimmungen allein bringen die Vertretungsbefugnis des Bankiers zum Erlöschen. Sollte man jedoch die genannten Verträge als konkursfreie Verträge betrachten, so würde sich ihre Fortsetzung oder Lösung nach den Normen außerhalb der Konkursordnung bestimmen. In diesem Falle dürfte kein Zweifel darüber bestehen, daß jeder Sammeldepotkunde die Konkurseröffnung über das Vermögen seines Bankiers als einen „wichtigen Grund" zur sofortigen Vertragsauflösung betrachten und demzufolge dem Bankier die Verfügungsmacht über sein Sammeldepotguthaben entziehen würde (§§ 675, 627, 626 BGB; siehe Jäger, § 23 KO, Anm. 15; Staub-Koenige, Anm. 27 zu § 383 HGB; Meyer-Bleyer, Anm. 1 b zu § 23 KO). Die Effektengirobank ihrerseits darf Verfügungen des Gemeinschuldners, selbst wenn sie offenbar fremdes aussonderungsberechtigtes Kundeneigentum betreffen, nicht ausführen, sobald sie von der Konkurseröffnung Kenntnis erhalten hat (Riesser, a. a. O., S. 137, Fußnote 1). Solange ihr aber diese Kenntnis mangelt, kann sie die vom Gemeinschuldner auf sie als bezogene Bank ausgestellten Effektenschecks mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern einlösen. Die Berechtigung hiezu kann sie auf § 674 BGB. in Verbindung mit § 23 KO stützen. Entscheidend bleibt allerdings der Zeitpunkt der Annahme des Effektenschecks (§ 8 KO). Die Gutgläubigkeit bei Annahme verleiht der Leistung, auch wenn sie in Kenntnis der Konkurseröffnung erfolgt, die Wirksamkeit der Erfüllung an die Masse. Die Beweislast ist in den Absätzen 2 und 3 des § 8 KO geregelt. Die Konkurseröffnung bedingt nicht ohne weiteres das Erlöschen eines Effektenschecks, den der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung ausgehändigt hat; ebenso besteht die Ermächtigung des Angewiesenen (der Effektengirobank), für Rechnung des Anweisenden (Gemeinschuldners) zu leisten, weiter (arg. § 791 BGB). Jedoch kann der Konkursverwalter gemäß § 790 BGB widerrufen, solange die Annahme nicht erklärt oder die Leistung nicht erfolgt ist. Der Konkursverwalter ist aber nicht verpflichtet, die vom Gemeinschuldner ausgestellten und noch umlaufenden Schecks ausdrücklich zu widerrufen (Metze, a.a.O. Bd. 90, S. 433).

An dem Nostroanteil des gemeinschuldnerischen Bankiers, der bei der Auseinandersetzung ermittelt ist, gewährt § 51 KO ein Absonderungsrecht, wegen der Forderungen, die sich auf das Miteigentum gründen (vergl. §§ 748, 755 BGB). Solche

Forderungen können z. B. die Ansprüche der sammeldepothaltenden Bank als Gemeinschaftsgläubigerin für ihre im Interesse der Sammeldepotgemeinschaft geleisteten Dienste und gemachten Verwendungen sein. Dieses Absonderungsrecht des § 51 KO. geht dem Konkursrecht Dritter, insbesondere dem Konkursvorrecht aus § 7a Dep.-Ges. vor, wird aber nur dann berücksichtigt, wenn es von den hiezu berechtigten Sammeldepotkunden geltend gemacht wird. Das abstrakte Anteilsrecht des Gemeinschuldners wird zu diesem Zwecke realisiert werden müssen. Nach erfolgter Verwertung des Anteils in der Konkursmasse bleibt den übrigen Gemeinschaftern nur ein Masseanspruch gemäß § 59, Nr. 3 KO. Das Absonderungsrecht geht aber nicht über den Anteil des Gemeinschuldners an demjenigen Sammeldepot hinaus, an dem der Bankier mitbeteiligt ist. Denn es existiert für jede einzelne Wertpapiergattung ein einzelnes selbständiges Sammeldepot; „das Sammeldepotkonto jeder Effektengattung ist eine selbständige Gemeinschaft" (Schultz-Opitz, Bank-Archiv, Gutachten, Sonderabdruck S. 3); es können demnach Ansprüche von Gemeinschaftsgläubigern, die sich auf ein Sammeldepot, an dem der Bankier nicht anteilsmässig beteiligt ist, ebenso wenig mit dem Aussonderungsrecht des § 51 KO. befriedigt werden, wie Ansprüche, die sich auf den zwischen dem Bankier und der Effektengirobank einerseits, zwischen dem Bankier und den einzelnen Kunden andererseits abgeschlossenen Sammelverwahrungsvertrag gründen. Ebenso kann das Nostroguthaben einschließlich des irregulären kundeneigenen Bestandes des Gemeinschuldners aus dem einen Sammeldepotkonto nicht zur Ergänzung eines anderen Sammeldepotkontos herangezogen werden, wenn sich in letzterem ein Fehlbestand zeigen würde. Ist aber ein von der Sammelverwahrungsbank nicht zu vertretender Schaden oder Verlust in dem Sammeldepotbestande festzustellen, an dem auch der Gemeinschuldner als Miteigentümer berechtigt ist, so haben die übrigen Gemeinschafter ein Absonderungsrecht an dem Anteil des Gemeinschuldners zur quotenmässigen Deckung des entstandenen Fehlbetrages (siehe Schultz-Opitz, Gutachten, Bank-Archiv, Sonderabdruck S. 3 rechts oben).

V. Strafrechtliche Schutzvorschriften für die Sammeldepotteilnehmer.

Die nicht minder wichtige Frage, inwieweit dem Sammeldepotteilhaber der strafrechtliche Schutz gegen rechtswidrige Verfügungen des Bankiers über die Sammeldepotanteile seiner am Effektengiroverkehr teilnehmenden Depotkunden zur Seite

steht, ist im Schrifttum unter den verschiedensten Gesichtspunkten und demzufolge mit erheblich von einander abweichenden Ergebnissen behandelt worden.

Insbesondere die ältere Literatur (so z. B. Adler Paul, a.a.O., S. 41 und S. 45; Meineke, a.a.O., S. 28), jedoch auch Ascher (a.a.O., S. 36), nimmt Unterschlagung gemäß § 246 RStGB an. In § 246 RStGB wird die rechtswidrige Aneignung einer im Besitz oder Gewahrsam des Täters stehenden fremden beweglichen Sache unter Strafe gestellt. Gegenstand der Unterschlagung kann nicht nur eine fremde oder eine im Miteigentum des Täters befindliche Sache sein, sondern auch ein ideeller Anteil an einer Sachgesamtheit, wie es der Sammeldepotanteil ist (Olshausen, StGB, § 242, Anm. 11, § 246, Anm. 3; RGSt, Bd. 4, S. 83; Bd. 20, S. 437; Riesser, a.a O., S. 241, Fußnote 2; Frank StGB, § 242, Anm. II,1 trotz anderer Stellungnahme in Anm. II zu § 246 StGB; Opitz-Schultz, J. W. 1926, S. 665; anderer Meinung Metze, a a.O., Bd. 91, S. 44, der Sammeldepotanteile nur für Berechtigungen an beweglichen Sachen und demzufolge nicht für unterschlagungsfähig hält). Ein wesentliches Tatbestandsmerkmal der Unterschlagung ist der Besitz oder Gewahrsam des Täters an der unterschlagenen Sache im Augenblick der Deliktsbegehung. Die ständige Rechtsprechung wie fast auschließlich die Strafrechtsliteratur verneinen den Gewahrsam des mittelbaren Besitzers, auch wenn er mittelbaren Mitbesitz ausübt. Gewahrsam im strafrechtlichen Sinne hat nur derjenige inne, der die tatsächliche Verfügungsgewalt über das Unterschlagungsobjekt ausübt (vergl. RGSt Bd. 37, S. 200; Bd. 5, S. 42; Bd. 56, S. 116; Frank StGB, Anm. II,3 zu § 246; Olshausen, StGB, Anm. 8 b zu § 246; Ebermeyer, StGB, Bem. 1 zu § 246). Besitz und Gewahrsam sind als das tatsächliche Verhältnis zu betrachten, das die Möglichkeit voller Verfügungsgewalt über eine Sache gewährt. Soweit reicht jedoch nicht die tatsächliche Verfügungsmacht des Bankiers über die bei der Effektengirobank ruhenden Sammelanteile seiner Depotkunden. Das Rechtsverhälts ist auch tatsächlich nur das des mittelbaren Mitbesitzes (Opitz-Schultz, J.W. 1926, Heft 5). Ascher glaubt, unter dem Tatbestandsmerkmal des § 246 RStGB „Besitz oder Gewahrsam" werde meistens nur deshalb unmittelbarer Besitz des Täters an der unterschlagenen Sache verstanden und gefordert, „weil selten Verhältnisse vorkommen, bei denen der mittelbare Besitzer wirklich über die Sache rechtswirksam verfügt." Er beruft sich zudem auf die Entscheidung des Reichsgerichts vom 7. Jan. 1926 (DJZ. 1926, Heft 13, Spalte 963). In dem dort zur Entscheidung stehenden Falle kam es lediglich auf die Feststellung an, daß der Täter den Gewahrsam im Sinne der tatsächlichen Verfügungsgewalt nach § 246 RStGB — welchen Tatbestand

das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung zur Verurteilung aus § 246 RStGB für unbedingt erforderlich hält (RGSt Bd. 37, S. 198; Bd. 45, S. 249) — — gehabt habe. Die Entscheidung will festgestellt wissen, daß das bürgerlich-rechtliche Verhältnis des mittelbaren Besitzes für die strafrechtliche Würdigung der Frage, ob die tatsächliche, volle Verfügungsmacht zum Tatbestand der Unterschlagung ausreicht, keinen Anhaltspunkt liefere. Es habe sich vielmehr die Untersuchung in jedem einzelnen Falle auf die Klärung dieser Frage unter dem Gesichtspunkte der Interpretation des strafrechtlichen Gewahrsamsbegriffes zu erstrecken. Es muß jedoch eingeräumt werden, daß das Reichsgericht in dieser Entscheidung bei der gegebenen Sachlage für die Auslegung des strafrechtspolitisch aufzufassenden Begriffs des Gewahrsams als der tatsächlichen Vertügungsgewalt entgegen der sonst zum Ausdruck gebrachten Strenge der Auffassung einen großen Spielraum gelassen hat. Nicht allein der der Effektengirobank als unmittelbares Sammeldepotmitglied angeschlossene Bankier, auch jedes weitere als Zwischen- oder Lokalbankier fungierende Sammeldepotmitglied besitzt eine Verfügungsmacht über den Sammeldepotanteil seines Kunden, die man umso eher als tatsächliche im Sinne der erwähnten Entscheidung betrachten könnte, als der auftragausführenden Girobank die Verfügungsberechtigung ihres Girokunden nicht erkennbar ist (ähnlicher Ansicht Riesser, a. a. O., S. 240, Fußnote 3). Dagegen sind rechtswidrige Verfügungen der Effektengirobank selbst über Sammeldepotanteile ihrer Sammeldepotmitglieder unter dem Gesichtspunkte des § 246 RStGB. als Unterschlagung zu bestrafen, da jene den unmittelbaren Besitz an den im Sammeldepot vereinigten Anteile innehat.

Wenn nun zufolge der obigen Erwägungen die Annahme einer Unterschlagung abzulehnen ist, so wird die Prüfung der Annehmbarkeit des § 9, Abs. 1 Dep.-Ges., in dem der Besitzbegriff eine ebenso wichtige Rolle spielt, unter wesentlich veränderten Voraussetzungen anzustellen sein. In dieser Bestimmung darf wohl mit größerer Berechtigung unter dem Begriff des Besitzes im strafrechtlichen Sinne auch der mittelbare Besitz des Bankiers am Sammeldepot einer Effektengirobank aufgefaßt werden. Es würde der ganzen Tendenz des Depotgesetzes widersprechen, wollte man in der Auslegung seiner einzelnen Bestimmungen, insbesondere der §§ 1, 7 II, 8 I, 9, 11, in denen die Begriffe Verwahrung, Gewahrsam und Besitz als wesentliche Gesetzesvoraussetzungen wiederkehren, nicht die weitere Auslegung der bürgerlich-rechtlichen Begriffsbestimmungen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Anwendung bringen. Ascher (a. a. O. S. 40) begründet diese Auffassung damit, daß eine

Divergenz dieser Begriffsmerkmale in den zu gleicher Zeit zur Erörterung und Beratung stehenden Gesetzen gar nicht vermutet wurde. Das Depotgesetz trägt doch ausschließlich zivilrechtlichen Charakter, den auch die Begriffsbestimmung der ins Gesetz einbezogenen speziellen strafrechtlichen Vorschriften nicht verleugnen können und sollen. „Der § 9 hat den Zweck, die Lücken auszufüllen, welche in dem durch den § 246 StGB. beabsichtigten strafrechtlichen Schutz des Publikums vor Verlust seiner zur Aufbewahrung oder als Pfand übergebenen Wertpapiere bestanden" (Riesser, a. a. O., S. 239). Zur Verwirklichung dieses Zweckes muß der Begriff des Besitzes in § 9, Abs. 1 Dep.Ges. entgegen dem im Strafrecht vorherrschenden Sprachgebrauch erweiternd ausgelegt werden siehe (Riesser, a. a. O., S. 241; Stenglein-Lindenberg, Anm. 3 zu § 9 Dep.Ges.; Ebermeyer: Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern II, Nr. 1). Metze, der die Anwendbarkeit des § 9, Abs. 3 Dep.Ges. ablehnt, (a. a. O., Bd. 91, S. 45, 46), ist nicht zuzustimmen, wenn er hiefür vergeblich eine Begründung des Gesetzgebers sucht. Außerdem lehnt er folgerichtig die Anwendung des § 9, Abs. 1 DepGes. ebenso wie die des § 246 StGB. ab, da er, allerdings irrtümlicherweise, Sammeldepotanteile nicht für Deliktobjekte dieser Strafbestimmungen hält. Auch spricht er dem Sammeldepotteilhaber keinen Anspruch auf den Schutz des § 11 Dep.Ges. zu, weil § 11 Dep.Ges. ebenso wie § 246 RStGB Tätergewahrsam im engeren Sinne an der unterschlagenen Sache, die auch in diesem Falle ein Sammeldepotanteil ist, voraussetzt.

Metze gerät sodann in Widerspruch mit sich selbst, wenn er als weiteren Grund gegen die Anwendbarkeit des § 9, Abs. 1 Dep. Ges., der bei Vorliegen des Tatbestands der Unterschlagung nicht anwendbar ist (Riesser, a.a.O., S. 239), ausführt, es müsse sonach die fremde Sammeldepotanteile veräußernde Bank mit der schwereren Strafe der Unterschlagung belegt werden, weil die rechtswidrige Veräußerung von der herrschenden Meinung als eine Zueignunghandlung im Sinne von § 246 RStGB angesehen werde. Es muß hier bemerkt werden, daß eine rechtswidrige Verfügung des Bankiers oder der Bank nicht allein in der Veräußerung, sondern auch in der Zueignung, in der Verpfändung, in der bewußten Duldung der Wegnahme durch einen Dritten und ähnlichen Handlungen, die gegen die Interessen und den vermutlichen Willen des Depotkunden vorgenommen werden, zu erblicken ist. Die Verpfändung z. B. muß nicht unbedingt eine Zueignungshandlung im Sinne des § 246 RStGB sein; entscheidend ist die Willensrichtung des Verpfänders, die eine derartige Handlungsweise vielfach als unerlaubten Gebrauch einer fremden Sache erscheinen läßt, der nicht unter der Strafdrohung des § 246 RStGB steht (Olshausen, StGB, Anm. 15 zu § 246).

Die Anwendbarkeit des Unterschlagungsparagrafen versagt in dem Falle, wo der verpfändende Bankier den Nachweis erbringen könnte, daß er bei der Verpfändung die Absicht der Wiedereinlösung und die Ueberzeugung, dazu rechtzeitig imstande zu sein, besessen habe (Olshausen, ebenda; ferner § 242, Anm. 30); hier eilt die Strafvorschrift des § 9, Abs. 1 Dep. Ges. dem in seinen Eigentums- und Besitzverhältnissen beeinträchtigten Sammeldepotkunden zu Hilfe: der Täter macht sich nach dieser Bestimmung strafbar auch dann, „wenn er im Augenblick der Verfügung die subjektive und durch bereite Mittel in ihrer Ausführbarkeit gewährleistete Absicht des Ersatzes hatte" (Riesser a.a.O. S. 239). Der Schutz des § 9, Abs. 1 Dep. Ges. ist jedoch ein einseitig beschränkter und wird praktisch in den meisten Fällen rechtswidriger Verfügungen des Bankiers versagen; denn er bestraft „nur Verfügungen, bei denen die Absicht nicht auf Aneignung gerichtet ist" (RGSt Bd. 34, S. 242). Damit steht die als Ergänzung zu betrachtende Vorschrift des § 9, Abs. 1 Dep. Ges. zugleich im Gegensatz zum Inhalt des § 246 RStGB, der die Aneignungsabsicht des Täters bestrafen will. Da nach den oben angeführten Gründen jedoch in der rechtswidrigen Verfügung des Bankiers über den Kundensammeldepotanteil das Vorliegen einer strafbaren Handlung gemäß § 246 RStGB nicht festzustellen ist, ist auf eine andere Strafbestimmung zu verweisen, die auch von der überwiegenden Mehrheit der einschlägigen Literatur (darunter: Opitz-Schultz, J. W. 1926, Heft 5; Ascher, a.a.O., S. 36, Kiwe, a.a O., S. 51) als wirksamster Kundenschutz herangezogen wird.

Zweifelsohne bietet § 266, Abs. 1, Nr. 2 RStGB die gesetzliche Handhabe, die jede absichtlich zum Nachteil eines sammeldepotteilhabenden Kunden gereichende Verfügung eines Bankiers als strafbare Untreue brandmarkt. Die in dieser Gesetzesbestimmung angedrohte Strafe ist eine wesentlich härtere, als die in den bisher behandelten Strafvorschriften, und durch die Schwere ihrer Folgen ein nachhaltigeres Abschreckungsmittel für den ungetreuen Bankier.

Allein Metze (a.a.O. Bd. 91, S. 46, 47) hat auch hier den Nachweis zu erbringen versucht, daß der Tatbestand einer solchen rechtswidrigen Verfügung der Bank über Sammeldepotanteile ihrer Depotkunden zur Anwendung des § 266, Abs. 1 Nr. 2 RStGB nicht ausreicht. Damit kommt er zu dem allerdings „wenig befriedigenden Ergebnis", daß nach geltendem Recht ein strafrechtlicher Schutz des Sammeldepotkunden gegen rechtswidriges Verhalten seines Bankiers nicht besteht.

Auf Grund des zwischen der Bank und dem Depotkunden abgeschlossenen Sammelverwahrungsvertrages und innerhalb der

durch diesen gezogenen Grenzen ist ersterer ermächtigt, Verfügungen über die Anteilsrechte des letzteren am Sammeldepot zu treffen, insbesondere dann, wenn sie den Interessen des Kunden dienen. Bereits mit der Einlieferung der Wertpapiere in die Sammelverwahrung und die hiemit verfolgten und eingetretenen Veränderungen in den Rechtsverhältnissen hat die Bank im eigenen Namen und im Auftrag des Kunden — die Stellung eines Bevollmächtigten wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß er in eigenem Namen mit Dritten abschließen kann (RGSt Bd. 7, S. 377; RG Rspr. Bd. 5, S. 554; vgl. Olshausen StGB, Anm. 6 a zu § 266; Frank, StGB, Anm. II,2 zu § 266; Opitz-Schultz, J. W. 1926, Heft 5) — im Einverständnis mit ihrem Depotkunden Verfügungen gegenüber der Effektengirobank getroffen, die ihre Eigenschaft als Bevollmächtigte im Sinne des § 266, Abs. 1 Nr. 2 RStGB eindeutig kennzeichnen; schon aus den der Bank zustehenden Verwaltungsbefugnissen, wie Dividendeneinziehung, Ausführung der Bezugsrechtsausübung usw., geht das Vollmachtsverhältnis hervor, das dem Bankier „die rechtlich begründete Befugnis zur Vertretung fremden Vermögens in Rechtsangelegenheiten" verschafft. Die Bank ist also Bevollmächtigte im Sinne des § 266, Abs. 1 Nr. 2 RStGB. Jede Verfügung über den Sammeldepotanteil zum Nachteil ihres Depotkunden ist Untreue. Untreue wird von der Rechtssprechung wie von der Mehrheit der Schriftsteller als Vermögensbeschädigung durch Mißbrauch rechtlicher Vertretungsmacht charakterisiert (Frank, StGB, § 266, I, III; Hegler, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie; Binding, StGB, S. 396; Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 485; RGSt Bd. 19, S. 271 ff, Bd. 32, S. 26, 27, Bd. 45, S. 434). Metze (a.a.O. Bd. 91, S. 48) hält Verfügungen der Bank zum Nachteil der Kunden für nicht mehr im Rahmen ihrer Vollmacht liegend, da sie hiezu nicht befugt sei. Gerade weil der Zweck der Sammelverwahrung mit diesen Rechtsgeschäften nicht vereinbar ist, stellen sie einen Mißbrauch der der Bank als Bevollmächtige zustehenden Vertretungs- und Verfügungsbefugnis dar. Es soll aber dieser Mißbrauch bestraft werden. RGSt Bd. 19, S. 271 ff stellt ausdrücklich und einleuchtend fest: „die Strafbestimmung des § 266 Nr. 2 richtet sich aber gerade gegen den Mißbrauch der durch das bestehende Vollmachtsverhältnis gewährten Füglichkeit, über Vermögensstücke des Auftraggebers zu dessen Nachteil zu verfügen."

Es ist nicht einzusehen, warum Metze nur Handlungen, die der Bevollmächtigte innerhalb des Rahmens seiner Vollmacht, und nicht erst recht solche, mit denen er die Grenze seiner Vollmacht überschreitet, als untreue Handlungen bezeichnet (vergl. hiezu Ebermayer, RStGB, Anm. 2 zu § 266). Im

Gegenteil — solange sich die Verfügungen der Bank innerhalb des Rahmens der Vollmacht bewegen und insbesondere, solange die Bank nicht Verfügungen trifft, zu denen sie nicht befugt ist, kann sie sich ja in gar keiner Weise eines strafbaren Verhaltens schuldig machen; zum mindesten ist kein Fall zu denken, der so gelagert ist, daß eine Interessenschädigung des Bankkunden offensichtlich wäre.

Es gibt aber Fälle, in denen der Bankier ohne Wissen, vielleicht auch gegen den Willen des Kunden über dessen Sammeldepotanteil verfügt, ohne daß derartige Verfügungen gegen die Bestimmungen der einzelnen Strafgesetze verstossen. Er darf z. B. unter den Voraussetzungen des § 692 BGB. die vereinbarte Art der Aufbewahrung ändern, er kann das ihm kraft besonderer Vereinbarungen und kraft Gesetzes zustehende Recht auf Zwangsverkauf des Kommissionsgutes oder des Pfandes (d. i. der Sammeldepotanteil) gemäß §§ 398, 404, 368 HGB., §§ 1221, 1223ff, 1234ff BGB. zur Durchführung bringen. Zu allen solchen Verfügungen ist der Bankier als Verwahrer oder Pfandgläubiger berechtigt und unter Umständen sogar verpflichtet, wenn es das Interesse des Hinterlegers oder Verpfänders erheischt. Diese Aufgaben sind eben zwangsläufige Auswirkungen des zwischen Bankier und Kunden abgeschlossenen Verwahrungs- und Verwaltungsvertrages.

Die Mitteilung des Bankiers an den Kunden, daß er diesem Eigentum an einem Sammeldepotanteil durch Besitzkonstitut übertragen habe, ohne daß er selbst Eigentum erworben hat, erfüllt in gleicher Weise den Tatbestand des Betrugs gemäß § 263 RStGB wie die Vortäuschung eines nicht existenten Miteigentums in Form einer Gutschrift auf dem Sammeldepotkonto eines Kunden (siehe Ascher, a.a.O. S. 37).

Die Spezialvorschrift des § 318 HGB. bedroht mit Geldstrafe denjenigen, der die Aktien eines anderen, zu dessen Vertretung er nicht befugt ist, ohne dessen Einwilligung zur Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung oder zur Ausübung eines der in den §§ 254, 264, 266, 268, 271, 295, 309 HGB. bezeichneten Rechte benützt. Die Bestimmung des § 9 Abs. 1 Dep.Ges. ist nicht anwendbar; einleuchtend erklärt dies die Begründung des Depotgesetzes (Seite 89): „Die Benützung von anvertrauten Aktien zur Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung ist nicht als eine rechtswidrige Verfügung im Sinne des Entwurfes anzusehen, da es sich hiebei um einen Gebrauch der Papiere handelt, welcher das Eigentum an denselben nicht berührt". (Ebenso Stenglein-Feisenberger, Anm. 7a zu § 9; an anderer Stelle (Anm. 10c zu § 9) ist jedoch Idealkonkurrenz mit § 318 HGB. für möglich erachtet).

Riesser (a.a.O. S. 243, 245) bespricht noch zwei interessante Fälle, die eine analoge Anwendung auf Verfügungen des Bankiers über Sammeldepotanteile seines Kunden erlauben. Rechtswidrig ist die Verfügung im Sinne des § 9, Abs. 1 Dep.Ges, wenn der Kommissionär dem Kommittenten erklärt hat, daß er die angeschafften Papiere für ihn in Besitz genommen habe, und dann eigenmächtig zum eigenen oder zum Nutzen eines Dritten über sie verfügt. Eine nach Vollendung der Tat nachträglich erteilte Genehmigung des Kommittenten macht die an sich rechtswidrige Handlung zwar zivilrechtlich wirksam, aber nicht straflos. Ferner liegt nach Riesser ein vollendetes Vergehen nach § 9, Abs. 1 Dep.Ges. und nicht ein blosser strafloser - Versuch vor, wenn Depoteffekten für einen zu eröffnenden Kredit verpfändet werden, auch wenn der Kredit demnächst nicht in Anspruch genommen wird.

Aus den oben ausgeführten Erwägungen heraus, wonach der Begriff des Gewahrsams im Depotgesetz in dessen Strafbestimmungen erweiternd auch als mittelbarer ausgelegt werden muß, bedroht § 11 Dep.Ges. mit Zuchthausstrafe den Bankier, „der seine Zahlungen eingestellt hat oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, wenn er im Bewußtsein seiner Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung fremde Wertpapiere, welche er im Betriebe seines Handelsgewerbes als Verwahrer, Pfandgläubiger oder Kommissionär in Gewahrsam genommen, sich rechtswidrig zugeeignet hat.“ Wie im § 9 DepGes. so ist auch hier in § 11 Dep.Ges., der sich inhaltlich nach Ansicht des Reichsgerichts als besonders qualifizierte Unterschlagung darstellt (Riesser, a.a.O., S. 258), der Begriff „fremde Wertpapiere“ mit dem Anteil eines Kunden am Sammeldepot einer Effektengirobank als gleichbedeutend zu erachten.[1]) Der Bankier (oder die Bank), der materiell-rechtlich mittelbarer Besitzer ist, besitzt gegenüber der Effektengirobank, der unmittelbaren Besitzerin des Sammeldepotanteils als unmittelbarer oder mittelbarer Hinterleger jederzeit die Möglichkeit, mit Wirksamkeit für seinen Kunden, dem Eigentümer des Sammeldepotanteils, zu verfügen. Ist eine solche Verfügung in der Absicht rechtswidriger Zueignung geschehen, so wird sie unter den übrigen Voraussetzungen mit der harten Strafe aus 11 Dep.Ges. geahndet. Betrügerischer oder einfacher Bankrott gem. §§ 239, 240 KO. und das Verbrechen aus § 11 Dep.Ges. stehen miteinander in Idealkonkurrenz (RGSt. Bd. 34, S. 238 ff., Entsch. v. März 1901). Im Gegensatz zu § 239 KO. (betrügerischer Bankrott) ist die

[1]) Aus diesem Grunde erübrigt sich auch eine Aenderung des § 11 Dep. Ges., wie sie Metze (a.a.O. Bd. 91, S. 46) vorschlägt, die eindeutig zum Ausdruck bringen soll, daß auch Sammeldepotanteile unter diese Vorschrift fallen.

Absicht der Gläubigerbenachteiligung nicht Voraussetzung der Strafbarkeit aus § 11 Dep.Ges.

Der Bankier ist auf Grund der zwingenden Vorschrift des § 1, Abs. 2 Dep. Ges. verpflichtet, ein Depotbuch zu führen. Hat er diese Verpflichtung in selbstverschuldeter Weise unterlassen und entsteht im Konkursfall des Bankiers dem sammelanteilsberechtigten Depotkunden bezüglich des Anspruchs auf Aussonderung seiner Anteilsrechte eine Benachteiligung, so hat das Depotgesetz in § 10 Vorsorge getroffen, daß auch in diesem Falle eine entsprechende Strafandrohung den Bankier zur Beachtung seiner Verpflichtungen veranlaßt. Eine Benachteiligung solcher Art widerfährt dem Hinterleger, wenn es ihm infolge dieser Verletzung der Buchführungspflicht des Bankiers unmöglich gemacht wird, den Nachweis seiner Beteiligung am Sammeldepot der Effektengirobank zu erbringen. (Rieser, a.a.O., S. 250 oben).

Bei einem Vergleich, inwieweit die Strafgesetzgebung den Kundenschutz bei den einzelnen Depotarten ausdehnt, ist die Tatsache unverkennbar, daß den im Sammeldedot verwahrten Anteilsrechten des Depotkunden ein wirksamerer strafrechtlicher Eigentums- und Besitzschutz zur Seite steht, als ihn das Sonderdepot für die in ihm verwahrten Wertpapiere gewährt. Diese in Sonderverwahrung befindlichen Effekten vermitteln dem Bankier unmittelbaren Besitz und Gewahrsam; jede rechtswidrige Verfügung über ihren Bestand ist ein Vergehen der Unterschlagung gem. § 246 RStGB, das mit einer Höchstgefängnisstrafe bis zu fünf Jahren bedroht ist; dagegen ist das Strafmaß aus § 266 RStGB ein unbegrenztes, das sich noch auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und Geldstrafe als zusätzliche Nebenstrafen ausdehnen kann. Ist der Kunde aber lediglich auf Stückekonto erkannt, d. h. sind seine Effekten im irregulären Depot verwahrt, so hat er kein Anrecht auf Rechtsschutz seiner Depotinteressen; durch Einbringung oder Gutschrift auf jenem Depot verliert er das Eigentum an den Wertpapieren an den Bankier, gegen den er nur einen obligatorischen Anspruch beibehält; durch Verfügungen verletzt der Bankier nicht fremdes Eigentum, er hat sich lediglich zivilrechtlicher Verantwortung zu unterziehen.

Es wurde von Schumann (a.a.O. S. 61) der Einwand gebracht, daß die Versuchung, durch Verfügungen über fremde Depotbestände sich über eine vorübergehende Geldknappheit hinwegzuhelfen, bei der Sammelverwahrung ungleich größer sei als bei der Sonderverwahrung, da die rechtswidrige Verfügung durch bloße Ausstellung eines Schecks weniger leicht entdeckt werden würde, als die Verfügung über Wertqapiere, deren be-

stimmte Nummern nicht mehr ins Sonderdepot eingebracht werden können. In der Praxis wird aber der Depotkunde von einer ungetreuen Handlung seines Bankiers an seinem Sonderdepotbestande ebensowenig Kenntnis erhalten, wie von einer rechtswidrigen Verfügung über seinen Sammeldepotanteil. Als Aequivalent für die an und für sich nicht zu leugnende bequemere Ausführbarkeit eines unredlichen Angriffs auf das Eigentum des Sammeldepotkunden steht dagegen die ungleich härtere Strafdrohung aus § 266, Abs. 2 RStGB, der den Mißbrauch der dem Bevollmächtigten in erweitertem Maße überlassenen Verfügungsgewalt bestrafen soll.

Um den Streit über die mehr oder weniger fühlbare Mangelhaftigkeit des strafrechtlich gesicherten Interessenschutzes des am Sammeldepot einer Effektengirobank anteilsmäßig teilhabenden Depotkunden in eindeutiger und diesbezüglicher Feststellung ein Ende zu bereiten, wird bei der künftigen Beratung und Formulierung des neuen Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches an dieser grundlegenden Schicksalsfrage des auf breite Basis zu stellenden Sammeldepotgedankens nicht vorübergegangen werden. Durch die obigen Darlegungen wurde das mehr als ausreichende Maß gesetzlicher Strafvorschriften im geltenden Recht für die behandelte Aufgabe gezeigt. Die entsprechenden Bestimmungen der beiden Entwürfe aus den Jahren 1925 und 1927 haben noch außerdem den Vorzug, die Begriffsmerkmale in klarer Weise festgehalten zu haben, die wesentliche Bestandteile jener rechtswidrigen Verfügungen des Bankiers an Kundensammeldepotanteilen charakterisieren.

Der Entwurf von 1925 formuliert in der Absicht, die lückenhafte Kasuistik der geltenden Strafbestimmung zu verallgemeinern, den Untreuetatbestand im § 314 mit den Worten: „Wer die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über das Vermögen eines anderen zu verfügen, wissentlich zum Nachteil des anderen mißbraucht, wird mit Gefängnis bestraft.“ Gegen diese klare Feststellung müssen alle bislang gehegten Zweifel verstummen insbesondere dann, wenn zur Auslegung die amtliche Begründung herangezogen wird. Hier ist der Mißbrauch der Verfügungsmacht — in Anlehnung an RG E. vom 3. Juni 1889 (siehe RGSt Bd. 19, S. 271) — als die strafbare Tätigkeit erklärt. Dabei ist es gleichgültig, ob sich der Täter beim pflichtverletzenden Gebrauchmachen seiner Befugnis im Rahmen der ihm erteilten Weisungen des Vollmachtgebers gehalten oder ihn überschritten hat. [1])

[1]) Metze (a.a.O. Bd. 91, S. 50) findet auch, nach Ablehnung des § 314 Abs. 1, im Entwurf von 1925 keine Möglichkeit, den sammeldepotteilnehmenden Kunden vor untreuen Handlungen seines Bankiers strafgerichtlich zu schützen. Er ist eben in der Auslegung der dem Bankier zustehenden Verfügungsmacht.

Der zum Nachteil seines Kunden über dessen Sammeldepotanteil verfügende Bankier macht sich sonach gemäß § 314 des Entwurfes von 1925 wegen Untreue strafbar. Da Mißbrauch der Verfügungsbefugnis nicht lediglich in einem Handeln, sondern auch in einem Unterlassen zu erblicken ist, so ist anzunehmen, daß der Bankier, welcher durch Unterlassungen in den von ihm auszuführenden Verwaltungsaufgaben, wie z. B. Versäumung des Termins zur Bezugsrechtsausübung, des Termins zur Anmeldung bei der Hinterlegungsstelle usw. seinen Kunden Nachteile verursacht, sich wegen einer Untreuehandlung zu verantworten hat (vergl. dagegen den ähnlich gelagerten Fall bei Riesser, a.a.O. S. 134, Fußnote 2). Nachdem im Entwurf von 1925 die in § 314 enthaltene entsprechende Strafbestimmung zum Schutze des sammeldepotteilhabenden Kunden gegen rechtswidrige Verfügungen seines Bankiers (seiner Bank) normiert ist, erübrigt sich, die Anwendbarkeit anderer Gesetzesstellen zu untersuchen. Im Gegensatz zum geltenden Recht stellt der Entwurf von 1925 ausdrücklich fest, daß Sachen im Sinne der §§ 296 (Diebstahl) ff, § 300 (Veruntreuung), §§ 301 (Unterschlagung) ff nur körperliche Gegenstände sind. Sammeldepotanteile sind demnach als Deliktsobjekte ausgeschlossen. Auch ist vorauszusetzen, daß der Gewahrsamsbegriff in § 300, Abs. 2, gleich dem in § 246 RStGB im engeren Sinne der tatsächlichen Sachherrschaft auszulegen ist (siehe Entwurf vom Jahre 1925, Begründung S. 157). Der neueste Entwurf vom Jahre 1927 hat in den korrespondierenden Paragrafen 333, 334, 348 die gleichen Erfordernisse zur Voraussetzung ihrer Anwendbarkeit. Lediglich § 348 Abs. 2, der den Wortlaut des § 300, Abs. 2 des Entwurfes von 1925 fast unverändert übernommen hat, muß als diejenige Strafvorschrift herangezogen werden, die der neueste Entwurf dem Schutze des Kunden gegen seinen ungetreuen Bankier widmet. War in der Begründung zu § 300, Abs. 2 des Entwurfs von 1925 eine Definition des Begriffes „Gut" im Sinne dieser Vorschrift nicht gegeben, so ist die negative Erklärung in der Begründung des letzten Entwurfes, der Ausdruck „Gut" solle nicht nur bewegliche körperliche Sachen umfassen, dahin auszulegen, daß unter den so erweiterten Tatbestand auch unbewegliche wie unkörperliche Sachen — Grundstücke und Rechte — fallen. Im Gegensatz zu § 300, Abs. 2 des Entwurfes von 1925 ist in § 348, Abs. 2 des Entwurfes von 1927 der dort erforderliche

---

die dieser durch den Abschluß des Sammelverwahrungsvertrages, zum mindesten[s] nach außenhin, tatsächlich erlangt, zu engherzig. Es erscheint daher auch nicht[t] verwunderlich, daß er, obgleich er in der Vorschrift des § 348, Abs. 2 des Entwurfes von 1927, und nur in dieser allein den strafrechtlichen Schutz des Sammeldepotkunden sichergestellt weiß, eine Klarheit schaffende Bezugnahme auf den vorbehandelten Fall während der künftigen Durchberatung des Gesetzentwurfes für wünschenswert erachtet.

Gewahrsam des Täters an der veruntreuten Sache nicht Voraussetzung für die Strafbarkeit, aber nicht zufolge der von Metze (a.a.O. Bd. 91, S. 49) vertretenen Ansicht, Gewahrsam sei nur an körperlichen Sachen möglich. Verwendet also der Bankier die ihm anvertrauten Sammeldepotanteile zum Nachteile seines an der Sammeldepotgemeinschaft anteilsberechtigten Kunden für sich oder einen Dritten, so hat er sich einer Untreue strafbar gemacht, die der Entwurf von 1925 in § 314, Abs. 2, der Entwurf von 1927 in § 348, Abs. 2 mit Strafe bedroht.

Es ist also die Sicherheit verbürgt, daß die künftige Strafgesetzgebung in einer jeden Zweifel ausschließenden eindeutigen Bestimmung für den Eigentums- und Besitzschutz des Sammeldepotkunden gegen rechtswidrige Angriffe seitens seines Bankiers oder seiner Bank Vorsorge in ausreichendem Maße trifft.

Druckfehlerverzeichnis

Seite 1, Zeile 17: „war" statt waren.
Seite 4, Anm. 2: „ZB. f. HR." statt ZB. 1 HH.
Seite 5, Anm. 1, Zeile 6: „Nithack" statt Niothack.
Seite 7, Zeile 24: „Rechtsgrundsätzen" statt Rechtsgrundlagen.
Zeile 30: „begründende" statt begründete.
Seite 25, Zeile 10: „Absicht" statt Ansicht.
Seite 30, Zeile 8: „Auflösung" statt Lösung.
Seite 34, Zeile 4: „Begriffsbestimmungen" statt Begriffsbestimmung.
Seite 40, Zeile 29: „Strafbestimmungen" statt Strafbestimmung.

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Literaturverzeichnis	I—III
Einleitung	1
I. Das Sammeldepot	2
a) Die Vermengungstheorie	5
b) Die Vertragstheorie	8
II. Pfändung und Verpfändung des Sammeldepotanteils	12
III. Aktionärsrechte des Sammeldepotaktionärs	17
IV. Konkurs des Sammeldepotverwahrers	27
V. Strafrechtliche Schutzvorschriften für die Sammeldepotteilnehmer	31